المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ ، ٦١٦ هـ

اعتنى بتخريجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الحادي عشر

إدارة القرآن　　　المجلس العلمي

كتاب الشفعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلاً :

الفصل الأول : فيما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

الفصل الثاني : في بيان مراتب الشفعة

الفصل الثالث : في طلب الشفعة .

الفصل الرابع : في استحقاق الشفيع كل المشترى أو بعضه .

الفصل الخامس : في حكم الشفعة والخصومة فيها .

الفصل السادس : في الدار إذا بيعت ولها شفعاء .

الفصل السابع : في إنكار المشترى جوار الشفيع وما يتصل به

الفصل الثامن : في تصرف المشترى في دار الشفعة قبل حضور الشفيع .

الفصل التاسع : في تسليم الشفعة .

الفصل العاشر : في الشفيع إذا أخبر بالبيع ، فيسلم ، ثم يعلم أن البيع كان بخلافه .

الفصل الحادي عشر : فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته .

الفصل الثاني عشر : في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشترى والبائع والشهادة في الشفعة

الفصل الثالث عشر : في التوكيل بالشفعة ، وتسليم الوكيل الشفعة وما يتصل به

الفصل الرابع عشر : في شفعة الصبي .

الفصل الخامس عشر : في حكم الشفعة ، وإذا وقع الشراء بالعروض .

الفصل السادس عشر : في الشفعة في فسخ البيع والإقالة ما يتصل بذلك .

الفصل السابع عشر : في شفعة أهل الكفر

الفصل الثامن عشر : في الشفعة في المرض

الفصل التاسع عشر : في وجوه الحيل في باب الشفعة .

الفصل العشرون : في المتفرقات .

كتاب الشفعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلاً.

الفصل الأول
فيما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

١٣٢٧٣- قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: الشفعة لا تجب في المنقولات مقصوداً، وإنما تجب تبعاً للعقار على ما يأتي بيانه في آخر هذا الفصل، وإنما تجب مقصوداً في العقارات، كالدور والكروم وغيرهما من الأراضي مما يحتمل القسمة، أو لا يحتمل كالحمام والرحى، والبئر وغير ذلك، وإنما تجب في الأراضي التي تملك رقابها، حتى إن الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال، ويدفع إلى الناس مزارعة، فصار لهم فيها كردار كالبناء، والأشجار، والكبس إذا كبسوها بتراب نقلوها من موضع يملكونها، فإن بيعت هذه الأراضي، فبيعها باطل، وإن بيع الكردار، وكان معلوماً يجوز بيعه، ولكن لا شفعة فيها، وكذا الأراضي المسبلة إذا كانت الأكرة يزرعونها، فبيعها لا يجوز، وبيع الكردار إذا كان معلوماً يجوز، ولكن لا شفعة فيها، في أدب القاضي للخصاف في باب الشفعة. وإنما تجب بحق الملك، حتى لو بيعت داراً بجنب دار الوقف، فلا شفعة للوقف، ولا يأخذها المتولي.

في فتاوى الفقيه أبي الليث: وكذلك إذا كانت هذه الدار وقفاً على رجل، لا يكون للموقوف عليه حق الشفعة بسبب هذه الدار لما قلنا، في فتاوى أهل سمرقند: قال: وإنما يجب إذا ملك العقار بعوض هو غير مال، أما إذا ملك بغير عوض أصلاً، بأن ملك بالهبة بغير عوض، أو بالإرث، أو بالصدقة، فلا شفعة، وكذلك إذا ملك بعوض

شفعة في المهور، وإن قال: جعلتها مهرك، ففيها الشفعة؛ لأن هذا عوض عن مهر المثل، فكانت بيعاً.

في الفتاوى: قال: وإذا ملكت الدار بدلاً عما هو غير مال، وما ليس بمال، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا شفعة للشفيع أصلاً، وعلى قولهما يجب الشفعة في حصة المال من الدراهم. صورته: إذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليه المرأة ألف درهم، أو صالح عن القصاص على دار على أن يرد صاحب الدار[1] عليه ألف درهم، أو خالع امرأته على دار على أن يرد الزوج عليها ألف درهم، وإذا وهب داراً من إنسان بشرط أن يعوضه منها كذا وكذا، فلا شفعة فيها للشفيع ما لم يتقابضا، وبعدما تقابضا ففيها الشفعة، وهذا لما عرف في كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وتصير بيعاً بعد اتصال القبض بالبدلين، فقبل اتصال القبض بالبدلين هي هبة، ولا شفعة في الهبة، وبعد اتصال القبض بالبدلين هو بيع، وفي البيع الشفعة.

١٢٢٧٦ - وإذا وهب شقصاً مسمى في دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا وكذا، فهو باطل، ولا شفعة للشفيع فيه لما ذكرنا أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء، والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز، فانعقدت الهبة بصفة الفساد في الابتداء، وانعقدت على الابتداء فيكون التمام بيعاً فاسداً، والجواب في الصدقة والنحلى والعمرى والعطية نظير الجواب في الهبة؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ الهبة، والعقد لا يختلف باختلاف الألفاظ، وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له، ثم مات الموصى له، ثم مات الموصي، فإنه يجب الشفعة وإن لم يقبضها الموصى له، بخلاف الهبة.

١٢٢٧٧ - ثم قال في الكتاب: إذا قال: أوصيت بداري بيعاً لفلان بألف درهم، ومات الموصي، فقال الموصى له: قبلت، تثبت للشفيع الشفعة، وإن قال: أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم، فهو مثل الهبة بشرط العوض نفسه، وإذا ادعى حقاً على إنسان، وصالحه المدعى عليه على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، سواء كان الصلح عن إقرار، أو إنكار؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعي، وفي زعم المدعي أنه

(١) وفي ظا، ز، ف: الدرهم مكان الدار.

ملك هذه الدار عوضا عما هو دين، فيبنى الأمر على زعمه، وعنده لو ادعى دارا في يدي رجل، وصالحه المدعى قبله على أن يعطيه المدعى قبله دراهم، ويترك الدار على المدعى قبله، ينظر إن كان الصلح على إقرار المدعى قبله، فللشفيع الشفعة، وإن كان الصلح على إنكار فلا شفعة للشفيع؛ لأن التملك بالشفعة إنما يقع على المدعى عليه، وإذا كان الصلح على إقرار، ففي زعمه أنه ملك الدار بعوض، فهو عين مال، وإذا كان الصلح على إنكار، ففي زعمه أنه ما يملك الدار بعوض أصلا، وإنما دفع الدراهم فداء عن اليمين، فإذا في الصور كلها يعتبر زعم من يقع التملك عليه.

دار بين ثلاثة نفر ملكا، جاء رجل وادعى فيها دعوى، فصالحه أحد شركاء الدار على مال على أن يكون نصيب المدعي لهذا المصالح خاصة، فطلب الشريكان الآخران الشفعة، فإن كان الصلح عن إقرار شركائه بأن أقر شركاء الدار بدعوى المدعي، وصالح مع المدعي، وأخذ سهمه على أن يكون نصيب المدعي له خاصة، كان لهم الشفعة في ذلك، وإن كان الصلح على إنكار الشركاء، فلا شفعة، وهو بناء على ما قلنا، وإن كان المصالح مقرا بحق المدعي، وأنكر الشريكان الآخران حقه، فالقاضي يسأل الشريك المصالح البينة على ما ادعاه المدعي؛ لأن شريك المصالح صار مشتريا نصيب المدعي من الدار، ونصيب المدعي بعضه في يد المشتري، وبعضه في يد الشريكين الآخرين، وهما ينكران ملكه وحقه، ومن اشترى شيئا من رجل، وذلك الشيء في يد غير البائع، وصاحب اليد[1] ينكر ملكية البائع، فإنه لا يسلم المشترى للمشتري حتى يثبت ملكية البائع بالبينة، كذا هنا، وإذا أقام البينة على ما ادعاه المدعي، فإن ثبت؛ لأنه مشتر أثبت ملكية بائعه فيما اشترى حتى يصح شراؤه، وإذا ثبتت بينته، صار الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الشركاء، وهناك للشريكين الآخرين حق الشفعة، فههنا كذلك، أكثر ما فيه أن في زعم الشريكين الآخرين أنه لا شفعة لهما، إلا أنهما كذبا في زعمهما، لما قضى القاضي بالملك للمدعي، فالتحق زعمهما بالعدم.

١٢٢٧٨ - وإذا ادعى حقا في دار، وصالح المدعى عليه على سكنى دار أخرى، فلا شفعة للشفيع في الدار التي وقع الصلح عنها؛ لأنه ملكها بعوض هو ليس بعين مال،

(١) وفي ف: وصاحب الدار

وإذا اشترى دارًا على أن المشتري فيها بالخيار ثلاثة أيام، فللشفيع الشفعة في قولهم جميعًا. وإن لم تصر الدار مملوكة للمشتري عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن حق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع، لا ثبوت حق المشتري، ألا ترى أن للشفيع أن يتملك الدار على البائع، ولا يتملك على المشتري، فيراعى زوال ملك البائع، وملك البائع زال بالإجماع، وعن هذا قلنا: أن من أقر ببيع داره من رجل، وأنكر المشتري، كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة، وذكر القدوري في شرحه: وروي عن أبي حنيفة: لا شفعة للشفيع مع شرط الخيار للمشتري.

١٣٢٧٩- وفي القدوري: أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت حق الشفعة؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع، وإن كان المشتري شرط الخيار لنفسه شهرًا، أو ما أشبه ذلك، فلا شفعة للشفيع عند أبي حنيفة؛ لأن الشراء بشرط الخيار زيادة على ثلاثة أيام فاسد عنده، ولا شفعة في الشراء الفاسد على ما مر، فإن أبطل المشتري خياره قبل مضي ثلاثة أيام، حتى انقلب البيع صحيحًا، فللشفيع الشفعة، وإن كان الخيار لبائع الدار، فلا شفعة للشفيع في قولهم جميعًا، حتى يتم البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فيمنع ثبوت حق الشفعة، وإن كان الخيار لهما يعني للبائع والمشتري، فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع، لا لأجل خيار المشتري.

١٣٢٨٠- وإذا اشترى دارًا بعبد بعينه، أو بعرض بعينه، وشرط فيه الخيار لأحدهما، إن شرط الخيار لبائع الدار، فلا شفعة للشفيع حتى تمام البيع، سواء شرط الخيار في الدار أو في العبد، إن شرط الخيار في الدار فظاهر، وإن شرط الخيار في العبد فلأن بائع الدار مشتري للعبد، وثمنه الدار، وخيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملك المشتري بالإجماع، إن اختلفوا أنه هل يمنع دخول المشترى في ملك المشتري، فلم يزل الدار عن ملك البائع بلا خلاف، فكيف يثبت للشفيع حق الشفعة، وإن كان الخيار لمشتري الدار، فإنه يثبت للشفيع الشفعة قبل أن يجيز البيع، سواء شرط له الخيار في الدار أو شرط له الخيار في العبد، إن شرط له الخيار في الدار فلأن هذا خيار مشتري الدار، وخيار مشتري الدار لا يمنع وجوب الشفعة في الدار، وإن شرط الخيار في العبد، فلأن مشتري الدار بائع للعبد، والثمن هو الدار، وخيار البائع في المبيع لا يمنع زوال الثمن عن ملك المشتري، فزوال الدار عن ملك مشتريه، فثبت للشفيع حق الشفعة فيها، وإن كان

الخيار لهما، يعني لبائع الدار ومشتريها، فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع، على نحو ما بينا.

١٣٢٨٦ - إذا اشترى الرجل من آخر دارًا على أن المشتري فيها بالخيار ثلاثة أيام، فبيعت دار إلى جنبها، فللمشتري الشفعة بالإجماع، أما على قولهما. فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة: فلأنه وإن لم يكن مالكًا للدار المشتراة وقت بيع هذه الدار، إلا أن له فيها حق الملك، ألا ترى أن للمشتري أن يتملكها إذا كان الخيار له، وحق الملك يكفي لثبوت حق الشفعة، ألا ترى أن المكاتب يستحق الشفعة، والثابت له حق الملك، وإذا أخذ المشتري الدار المبيعة بالشفعة، سقط خياره؛ لأنه لو لم يسقط خياره بذلك، فإذا فسخ العقد ينفسخ في حقه من الأصل، فتبين أنه أخذها بالشفعة بغير حق، فليتحرز عن ذلك قلنا: بأن يسقط خياره، وإذا حضر الشفيع بعد ذلك، أخذ الدار الأولى بالشفعة، ولا شفعة له في الدار الثانية؛ لأن الشفيع إنما صار جارًا للدار الثانية بعد أخذه الدار الأولى، وشراء الدار الثانية كان قبل أخذه الدار الأولى، ولو كان الخيار لبائع الدار، فبيعت دار بجنب الدار المبيعة: فللبائع فيها حق الشفعة؛ لأن ملك البائع قائم وقت شراء هذه الدار، فإذا أخذها كان هذا منه نقضًا للبيع، وإذا شرط الخيار للشفيع، فإن كان البائع هو الذي شرط له ذلك، فأمضى البيع، فلا شفعة له، وإن كان المشتري هو الذي شرط له ذلك، فله الشفعة؛ لأنه قام مقام الشارط في إتمام العقد، ولو كان البائع شفيع الدار، فلا شفعة له، ولو كان المشتري شفيع الدار، فله الشفعة، فالأصل أن من باع أو بيع له بأن كان البيع بحق الوكالة، فله الشفعة [لا لموكله، ومن اشترى أو اشتري له بأن كان الشراء بحق الوكالة، فله الشفعة، و][1] لموكله.

في "شرح القدوري" وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى في "الإملاء": رجل اشترى دارًا، وشرط الخيار للشفيع ثلاثًا، قال: إن قال الشفيع: أمضيت البيع على أن آخذ بالشفعة فهو على شفعته، وإن لم يذكر أخذ الشفعة، فلا شفعة له.

١٣٢٨٧ - رجل توكل عن غيره بشراء دار، وهو شفيعها، يثبت له الشفعة، ويطلب من الموكل، على الصدر الشهيد، فقال: لأن الوكيل لم يملك بالشراء، وفيه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

نظر، وعن أبي نصر أنه كان يقول: وينبغي هذا لمن يشتري لنفسه؛ لأن الوكيل اشترى لغيره، قال: ولو أقام أحد الوكيلين مقام الموكل في هذا الشراء، لا يبعد، ولكن الطريق الأول أعجب إلي، ولا شفعة في الشراء الفاسد، سواء كان المشتري مما يملك بالقبض، أو لا يملك، وسواء كان المشتري قبض المشترى، أو لم يقبض، فبقاء ملك البائع، وإن قبض، فبقاء حقه في الاسترداد، وهذا إذا وقع البيع فاسداً. أما إذا فسد بعد انعقاده صحيحاً، فحق الشفيع يبقى على حاله؛ ألا يرى أن النصراني إذا اشترى من نصراني داره بخمر، فلم يتقابضا حتى أسلما، أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار، ولم يقبض الخمر، فإن البيع يفسد على ما عرف في كتاب البيوع، وللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وإن فسد البيع؛ لأنه إنما فسد بعد وقوعه صحيحاً، وإن كان المشتري قبض المشتراة شراء فاسداً، وبيعت دار أخرى بجنب هذه الدار، فله الشفعة؛ لأن له جواراً قائماً بحقيقة الملك من وقت الشراء، فإن لم يأخذ الدار الثانية بالشفعة حتى استرد البائع منه ما اشترى، لم يكن للمشتري أن يأخذها بالشفعة؛ لأن جواره زال قبل الأخذ، وكذا لا يكون للبائع أن يأخذها لأن جواره حادث، وإن كان المشتري أخذ الدار بالشفعة، ثم اشترى البائع منه ما اشترى، فالأخذ ماض.

١٣٢٨٣ - وإذا اشترى داراً شراء فاسداً، وبنى فيها بناء، أو غرس فيها أشجاراً، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الدار، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شفعة للشفيع، وهذا بناء على أصل مختلف معروف في كتاب البيوع [أن حق البائع في الاسترداد ينقطع بالبناء وغرس الأشجار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا ينقطع، والمسألة معروفة في كتاب البيوع][١]، وإذا انقطع حق البائع بالبناء عند أبي حنيفة، زال المانع من وجوب الشفعة، فيأخذها الشفيع بقيمتها، وينقض بناء المشتري لحق الشفيع.

١٣٢٨٤ - قال في القدوري: فإن باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً بيعاً صحيحاً من رجل لم يكن للبائع نقض البيع، والشفيع بالخيار، إن شاء أخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور فيه، وإن شاء نقض البيع الثاني، وأخذه بالبيع الأول بقيمته؛ لأنه اجتمع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

سبق ، فكان له أن يأخذ بأيهما شاء .

فإن قيل : إذا نقض البيع الثاني صار كأن لم يكن ، فيعود حق البائع في البعض ، فلا يكون للشفيع الشفعة ، كما قبل البيع الثاني؟

قلنا : البيع الثاني ينتقض بحق الشفيع مقتضى تملكه المشتري بالشفعة بالبيع السابق ، فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفيع .

١٣٢٨٥ - إذا أوصى لرجل بدار ، ولم يملك الدار وقت البيع ، فلم يتحقق السبب ، وإن مات الموصي له قبل أن يعلم بالوصية ، ثم بيعت دارا بجنبه ، ثم قبل الوصية ، وادعى الشفعة ، فلا شفعة له ؛ لم يملك العقار وقت البيع ، فلم يتحقق السبب ، وإن مات مات الموصي له قبل أن يعلم بالوصية ، ثم بيعت دارا بجنبها ، فادعى الورثة شفعتها ، فلهم ذلك ؛ لأن موت الموصي له بمنزلة قبوله ، والمسألة معروفة في الوصايا ، إذا بيع سفل عقار دون علوه ، أو بيع علوه دون سفله ، أو بيعا معا ، وجبت الشفعة

١٣٢٨٦ - وفي الزيادات : سفل لرجل وفوقه علو لرجل آخر ، فباع صاحب السفل سفله ، فلصاحب العلو الشفعة ، وإن باع صاحب العلو علوه ، فلصاحب السفل الشفعة ، فبعد ذلك إن كان طريق العلو في السفل ، كان حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق ، وإن كان طريق العلو في السكة ، كان حق الشفعة بسبب الجوار ، إذ الجوار إنما يثبت بالاتصال ، والاتصال بين الملكين ثابت ، فإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو ، فعلى قول أبي يوسف : تبطل شفعته ، وعلى قول محمد : لا تبطل ، وجه قول أبي يوسف : إن الشفعة هنها إنما تثبت بالجوار ، والجوار إنما يعرف بالاتصال ، وقد زال الاتصال قبل الأخذ بالشفعة ، فزال الجوار ، فبطل شفعته ، كما لو باع الدار التي يستحق بها الشفعة قبل الأخذ بالشفعة ، وجه قول محمد : إن استحقاق الشفعة[1] ههنا بسبب قرار البناء ، لا بسبب عين البناء ، لأن البناء منقول ، والشفعة لا تستحق بالمنقول ، وحق القرار هنا باق ، فما يستحق به الشفعة باق ، ولو بيع السفل والعلو منهدم ، فعلى قول أبي يوسف : لا شفعة لصاحب العلو بناء على أن عنده حق الشفعة له بسبب البناء ، وعلى قول محمد : له الشفعة ؛ لأن عنده حق الشفعة له بسبب حق قرار

(١) وفي "ف" : وجه قول محمد : إن استحقاق الأخذ بالشفعة ههنا .

البيع، لا بسبب نقض البناء، وحق قرار العلو باقٍ في الجانب الأول.

١٣٢٨٧- في شفعة المنتقى: رجلان اشتريا داراً، وأحدهما شفيعها، فلا شفعة للشفيع فيما صار للأجنبي منهما؛ لأن شراء الأجنبي لم يتم إلا بقبول الشفيع البيع لنفسه، ألا يرى أن البائع حين قال: بعتكما، أي هذه الدار بألف درهم لكل واحد منكما نصفها بخمسمائة، فقال الأجنبي: قبلت نصفها بخمسمائة، لم يجز ذلك على البائع، فهو بمنزلة رجل باع داره من رجل، واشترط الخيار لرجل أحدهما شفيع الدار، وأجاز البيع.

١٣٢٨٨- في فتاوى الفقيه أبي الليث: إذا بيع المستأجر قبل مضي مدة الإجارة، والمستأجر شفيعها، فأجاز المستأجر البيع حتى نفذ البيع في حقه، كان له أن يأخذ بالشفعة، وإن لم يجز البيع ولكن طلب الشفعة، بطلت إجارته؛ لأنه لا صحة للشفعة إلا بعد بطلان الإجارة، فيتضمن طلب الشفعة بطلان الإجارة.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا باع من آخر داراً على أن يكفل فلان بالثمن، وفلان شفيعها، فكفل حيث لا يثبت له حق الشفعة، والفرق في مسألة الكفالة البيع لا يجوز ما لم يكفل إذا كانت الكفالة شرطاً في البيع، فصار الجواز مضافاً إليه، فصار بمنزلة البائع، أما هنا البيع جائز فيما بين البائع والمشتري من غير إجارة المستأجر، فلم يكن الجواز مضافاً إلى المستأجر، فلم يصر بمنزلة البائع.

١٣٢٨٩- رجل اشترى من آخر أرضاً فيها نخيل بألف درهم، فلم يقبضها المشتري حتى أثمر النخيل، ثم حضر الشفيع، فله أن يأخذ الكل بالشفعة، وفي المسألة إشكال من وجهين: أحدهما: أن حق الشفيع إنما يثبت بالبيع، فإنما يثبت فيما كان موجوداً وقت البيع [والثمر لم يكن موجوداً وقت البيع][1]، والثاني: أن الثمر نقلي.

والجواب: أما الأول قلنا: حق الشفيع يثبت بالبيع، ويكون في جميع ما صار مملوكاً للمشتري بالبيع، والثمر صار مملوكاً للمشتري بالبيع، وإن لم يكن موجوداً وقت البيع، ألا يرى لو قبضه المشتري صار له حصة من الثمن، وأما الثاني، قلنا: الثمر ما دام متصلاً بالنخل، والأرض، فله حكم النخل، والأرض بطريق التبعية، وحق الشفعة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

يثبت في النخل والأرض، وكذا في الثمر المتصل بهما. فإذا قال الشفيع: آخذ الأرض والنخل بحصتهما، وأترك الثمر، أو قال المشتري: أعطيك الأرض والنخل بحصتهما، ولا أعطيك الثمر، لا يلتفت إلى قوله؛ لما فيه من ضرر التفريق على صاحبه. ولو أن الشفيع حين حضر لم يقض القاضي له بالشفعة حتى أخذ البائع الثمر، أخذ الشفيع الأرض والنخل، وترك الثمر؛ لأنا إنما أثبتنا حق الشفعة في الثمر قبل الجذاذ مع كونه نقليا بطريق التبعية، وبالجذاذ زالت التبعية، فعاد الأمر إلى الأصل، ثم يأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، ويسقط حصة الثمر؛ لأن البائع بالجذاذ صار مستهلكا حق المشتري قبل القبض، فأوجب سقوط حصته من الثمن، وكما يظهر السقوط في حق المشتري؛ يظهر في حق الشفيع، وهو نظير بناء الدار إذا نقضه البائع، ثم حضر الشفيع، أخذ الباقي بحصته من الثمن، وطريقه ما قلنا: هذا إذا أخذ البائع الثمر، فأما إذا هلك الثمر من غير صنع أحد، فالشفيع يأخذ النخل والأرض بجميع الثمن؛ لأنه هلك بآفة سماوية فلا يقابله شيء من الثمن، إلا إذا صار مقصودا بالبيع بالحبس، ولم يوجد ذلك ههنا. هذا إذا أثمر النخيل قبل قبض المشتري، وإن أثمر بعد قبض المشتري، وجذه المشتري، ثم حضر الشفيع، فلا شفعة له في الثمر، ويأخذ النخل والأرض بجميع الثمن إن شاء؛ لأن الثمر في هذه الصورة لا يقابله شيء من الثمن؛ لأنه حادث بعد القبض. هذه الجملة من "الزيادات".

١٣٢٩٠- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل اشترى نخلا فيه ثمر بثمره بأصله وثمره، فجذ المشتري الثمر، ثم حضر الشفيع، أخذ النخيل بحصته من الثمن، فيقوم النخل وفيه ثمر، ويقوم ولا ثمر فيه، فيأخذه بحصته. وكذا إذا اشترى أرضا مبذورا، فنبت الزرع، وحصده المشتري، ثم حضر الشفيع أخذ الأرض بحصتها، فتقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة، فيرجع بحصتها، والطريق ما قلنا في المسألة الأولى من "الزيادات".

١٣٢٩١- وفي باب شفعة الأرضين من "الأصل": إذا اشترى نخلة بأصولها ومواضعها من الأرض، ففيها الشفعة، بخلاف ما إذا اشترى نخلة ليقلعها حيث لا شفعة فيها؛ لأن في الفصل الأول إنما أثبتنا الشفعة في النخلة تبعا للأرض؛ لأنه اشتراها، وهنا لا يمكن إيجاب الشفعة فيها تبعا؛ لأنه اشتراها للقلع، ولا يمكن إيجاب الشفعة فيها

منفصل؛ لأنه نقلي، فكان الجواب في الأشجار كالجواب في البناء.

١٣٢٩٢- إذا اشترى البناء ليقلعه، فلا شفعة للشفيع فيه، فإن اشتراه بأصله، فللشفيع فيه الشفعة، وعلى هذا إذا اشترى الزرع مع الأرض، فالشفيع أن يأخذ الزرع بالشفعة، ولو اشترى الزرع ليحصده، لم يكن فيه شفعة.

١٣٢٩٣- وإذا اشترى بيتًا ورحى ماء فيه، ونهرها ومتاعها، فللشفيع الشفعة في البيت وفي جميع ما كان من آلات الرحى المركبة في بيت الرحى؛ لأنها تابعة لبيت الرحى، وعلى هذا إذا اشترى الحمام، فللشفيع أن يأخذ بالشفعة الحمام مع آلاتها المركبة من القدر ونحوه، ولا يأخذ ما كان مزايلاً من البيت في مسألة الأولى، ومن الحمام في المسألة الثانية إلا الحجر الأعلى، فإنه يأخذه بالشفعة استحسانًا، وإن لم يكن مركبًا؛ لأن الحجر الأعلى مع الأسفل شيء واحد معنى، ألا ترى أنه يدخل في بيع الرحى استحسانًا من غير ذكر مكان كالمركب معنى، فلهذا يأخذه الشفيع بالشفعة.

١٣٢٩٤- وإذا اشترى عين قير(١) أو نفط، أو موضع ملح، أخذ بجميع ذلك بالشفعة؛ لأن هذه الأشياء متصلة بالأرض معنى؛ لأنها تنبع من ذلك الموضع.

١٣٢٩٥- في فتاوى الفضلي: اشترى كرمًا، وله شفيع غائب، فأثمرت الأشجار، وأكلها المشتري، ثم حضر الشفيع، وأخذ الكرم بالشفعة، فإن كانت الأشجار وقت قبض المشتري ذات ورد، ولم ينعقد الطلع من الورد، لا يسقط شيء من الثمن، وإن كان قد بدا الطلع وقت قبض المشتري، يسقط بقدر ذلك، ويعتبر قيمته يوم قبض المشتري الكرم؛ لأن في الوجه الأول لا حصة له من الثمن، وفي الوجه الثاني له حصة، وكذا إذا كان المشتري أرضًا فيها زرع لا قيمة له، فأدرك الزرع، وحصده المشتري، ثم جاء الشفيع، وأخذ الأرض، لا يسقط شيء من الثمن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) وفي م: عين قير.

فللشريك في الدار ، فإن سلم ، فلأهل السكة الكل في ذلك على السواء ، فإن سلموا ، فللجار الملازق ، وهو الذي على ظهر هذا المنزل ، وباب داره في سكة أخرى .

في شرح " أدب القاضي للخصاف " في باب الشفعة : فإن كان لهذه الدار التي هذا البيت الذي هو مبيع فيه جيران ملازقون ، والذي هو ملازق هذا البيت المبيع ، والذي هو ملازق لأقصى الدار لأنهما البيت في الشفعة على السواء ، هذا التفريع في آخر شفعة " الكافي " .

١٣٢٩٧ - المسألة الثانية : دار بين شريكين في سكة غير نافذة ، فباع أحد الشريكين نصيبه من الدار من إنسان ، فالشفعة أولى للشريك في الدار ، وهو الشريك الذي لم يقاسم ، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين ، فإن سلم فلأهل السكة الكل في ذلك على السواء ، فإن سلموا ، فللجار الملازق الذي يكون ظهر هذه الدار إليه ، وباب تلك الدار في سكة أخرى .

في شرح " أدب القاضي " للخصاف في باب الشفعة : ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكًا في الأرض الذي هو تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما ، أما إذا كان شريكًا فيه ، لا يكون مؤخرًا ، بل يكون مقدمًا ؛ لأنه شريك ، وإن كان شريكًا في بعض المبيع ، وصورة ذلك : أن تكون أرضًا بين اثنين [غير](١) مقسومة بنيا في وسطها حائطًا ، ثم اقتسما الباقي ، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركًا بينهما ، فكان هذا الجار شريكًا في بعض المبيع ، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط ، وخطا خطًا في وسطها ، ثم أعطى كل واحد منهما شيئًا حتى بنيا حائطًا ، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض شريك في البناء ، لا غير ، والشركة في البناء لا غير ، لا توجب الشفعة في آخر شفعة " خواهر زاده " ، وذكر القدوري في " شرحه " في باب الشفعة في الجيران وسبيل الماء : أن الشريك الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، فيكون مقدمًا على الجار في كل المبيع ، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف : يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ، ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار ، فيكون ذلك مع جار آخر

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من " م " .

هذه المسألة روايتان عن أبي يوسف .

في "المنتقى" : الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه صاحب السفل أحق بشفعة العلو من الجار الملاصق له ، إذا لم يكن بينهم شركة في الطريق .

في "القدوري" : أنهما يستويان فيها ، وإن كانت ثلاثة أبيات ، بعضها فوق بعض ، وباب كل بيت منها إلى السكة ، فبيع الأوسط ، كان للأعلى وللأسفل جميعًا الشفعة [وإن بيع الأعلى ، فالأوسط أولى بالشفعة ، وإن بيع الأسفل ، فكذلك الأوسط أولى بالشفعة][1] .

١٢٣٠٠ - وفيه أيضًا : دار فيها ثلاثة أبيات ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة نفر ، والبيوت بين اثنين منهم ، فباع أحد مالكي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه في البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكهما في الساحة ، ويخرج المسألة على نحو ما ذكر شمس الأئمة السرخسي في المسألة التي تقدم ذكرها

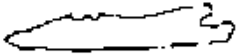
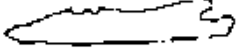
١٢٣٠١ - وفيه أيضًا : حائط بين داري رجلين ، والحائط بينهما ، فصاحب الشريك في الحائط أولى بالحائط من الجار ، وهما سواء في بقية الدار ، يأخذ أيهما يريد ، هذا إذا لم يكن ما تحت الحائط من الأرض مشتركا بينهما ، وكذلك البيت من الدار بين رجلين بغير طريق ، باع صاحب الدار ، فالشريك في البيت أولى بالبيت ، وهو مع الجار سواء في بقية الدار .

١٢٣٠٢ - درب غير نافذ فيه دور لقوم باع رجل من أرباب تلك الدور بيتًا شارعًا في السكة العظمى ، ولم يبع طريقه في الدرب على أن يفتح مشتري البيت بابًا إلى الطريق الأعظم ، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم في الطريق وقت البيع ، فإن سلموها ، ثم باع المشتري البيت بعد ذلك ، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم في الطريق وقت البيع الثاني ، فتكون الشفعة للجار الملازق ، وهو صاحب الدار ، وكذلك إذا باع قطعة من الدار بغير طريق في الدرب ، هذه الجملة في "شرح الكافي" في باب الشفعة في البناء .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وت .

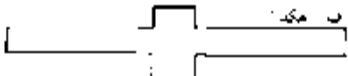
درب غير نافذ في أقصاه مسجد خطة ، وباب المسجد في الدرب ، وظهر المسجد وحائطه الآخر إلى الطريق الأعظم؛ فهذا درب نافذ لو بيع فيه دار ، فلا شفعة إلا للجار ، وأراد بمسجد الخطة المسجد الذي اختطه الإمام حين قسم بين الغانمين ، وهذا لأن المسجد إذا كان خطة ، وظهره إلى الطريق الأعظم ، وليس حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الأعظم ، فهذا الدرب بمنزلة الدرب النافذ ، ولو كان حول المسجد دور تحول بينه ، وبين الطريق الأعظم ، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة ؛ لأن هذا الدرب لا يكون نافذًا ، ولو لم يكن المسجد الخطة في الأقصى ، لكنه كان في أول السكة ، فمن أول السكة إلى موضع المسجد نافذ ، لا يثبت فيها الشفعة إلا للجار الملازق ، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لأهل تلك السكة كلهم الشفعة .

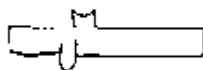
ولو لم يكن المسجد خطة ، بأن اشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارًا من أقصى الدرب ، ظهرها إلى الطريق الأعظم ، وجعلوها مسجدًا ، وجعلوا في الدرب بابه ، ولم يجعلوا له إلى الطريق الأعظم بابًا ، أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره ، فلأهل الدرب الشفعة بالشركة .

سكة أو درب غير نافذ في أقصاها دار ، وباب هذه الدار في الدرب ، أو في السكة ، ولهذه الدار باب آخر ، يخرج منه إلى الطريق الأعظم ، فإن كان هذا الطريق طريقًا للعامة ، ليس لأهل الدرب أن يمنعوهم ، فهذه سكة نافذة لو بيع فيه دار ، لا تجب الشفعة إلا بالجوار ، وإن كان طريقًا لأهل الدرب ، والسكة خاصة ، بأن أحدثوه ، ولهم منع العامة ، فأهل الدرب شفعاء بالشركة في الطريق ؛ لأن الدرب حينئذ غير نافذ من حيث المعنى .

قال الصدر الشهيد حسام الدين في شرح هذا الكتاب : سكك[1] ، وسائر السكك إن كان نفاذها خطة ، فلا شفعة فيها إلا بحكم الجوار ، وإن أحدثوا النفاذ ، فالشفعة للكل .

١٢٣٠٢ - وأما الزنيقات التي ظهرها وادي ، لا يخلو من وجهين : إن كان موضع الوادي مملوكًا في الأصل ، وأحدثوا الوادي ، فهذا والمسجد الذي أحدثوه في أقصى

---

(١) وفي "ف" : فعلى هذا سكك ، وسائر السكك .

السكة سواء؛ وإن كان في الأصل واديًا كذلك، فهو وسعة الخطة سواء، هكذا حكي عن الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني، وكان يقول: الزقيقات التي على ظهرها وادي بخاري إذا بيع في زقيقة منها دار، فأهل الزقيقة كلهم شفعاء، ولا يجعل ذلك كالطريق النافذ، فكأنه عرف أنه مملوك، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي يجعل حكم هذه الزقيقات حكم السكك النافذة، قيل: ويجوز أن تقاس السكك التي في أقصاها الوادي ببخارى على ما تقدم، ويبنى أمر الشفعة فيها على الخطة وعلى الأحداث سكة غير نافذة فيها عطف مدور، يريد بالعطف الذي يقال له بالفارسية خم كرده، وصورة العطف المدور هكذا:

٤٠٣٣٤ - وفي العطف منازل، فباع رجل منزلا في أعلى السكة، أو في أسفلها، أو في العطف، فالشفعة لجميع الشركاء، وإن كان العطف مربعًا، بأن تكون سكة ممدودة في كل جانب منها زقيقة، وفي السكة دور، وفي كل منهما دور، وصورته هكذا[1]:

فباع رجل في العطف منزلا، فالشفعة لأصحاب العطف دون أصحاب السكة، ولو باع رجل في السكة دارًا كانوا جميعًا شفعاء، وهو نظير سكة عظمى غير نافذة فيها سكة صغرى إذا بيع في السكة الصغرى دار، فالشفعة لأهل السكة الصغرى خاصة، ولو بيع دار في السكة العظمى، فالشفعة لأهل السكتين، والحاصل أن بالعطف المدور لا تصير السكة في حكم السكتين، ألا ترى أن هيئات الدور في هذا العطف لا تتغير، كما في سكة دهقان، أما العطف المربع يصير في حكم سكة أخرى، ألا يرى أن هيئات الدور في هذا العطف تتغير، فتصير بمنزلة سكة في سكة في حق شفعة "الكافي".

٤٠٣٣٥ - وفي "المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في درب

(١) وفي النسختين: م، ب: هكذا

زائغة مستديرة بجميع الدرب بيعت فيه دار في هذه الزائغة التي عليها الدرب، فهم شركاء في الشفعة، وإذا كان درب مستطيل فيه زائغة ليست على ما وصفت لك، ولكنها شبه السكة، فأهل تلك الزائغة شركاء في دورهم، ولا يشركهم أهل الدرب في الشفعة، وقال أبو يوسف: ذلك كله سواء، وهم شركاء في زائغتهم دون أهل الدرب، وفي نوادر هشام: قال أبو يوسف: المدورة والمربعة والمستطيلة سواء، وقد بيع دار في الزائغة، فهم ولأهل السكة فيها شفعتهم لاشتراكهم في طريق السكة.

١٣٣٠٦ - وفيه أيضاً: هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل بيتاً من دار إلى جنب داره، وفتح بابه إلى داره، ثم باع هذا البيت وحده، فجاء جار هذا الرجل، وطلب هذا البيت بالشفعة، قال: إن كان سد باب البيت من تلك الدار في هذه الدار حتى عدا(1) البيت من هذه الدار، فله الشفعة.

في شفعة أبي الليث: دار بيعت، ولها بابان في زقاقين غير نافذين، فإن كانت في الأصل دارين، باب أحدهما في زقاق، وباب الأخرى في زقاق آخر، فاشتراهما رجل، ورفع الحائط بينهما حتى صارت كلها داراً واحدة، كان لأهل كل زقاق أن يأخذ الجانب الذي يليه؛ لأنهما لما كانتا دارين في الأصل، كان لأهل كل زقاق جوار بإحداهما.

وفي الشفعة للحسن بن زياد: سكة غير نافذة فيها عطفة مفردة ينفذ هذه العطفة من جانب آخر إلى هذه السكة التي فيها العطفة، فبيعت دار في هذه العطفة، فلا شفعة فيها إلا لمن داره لزيق الدار المبيعة، ولو لم تنفذ هذه العطفة إلى السكة، كانت الشفعة لجميع أهل هذه العطفة، فإن سلموا الشفعة فليس لأهل السكة الشفعة فيها، وإن كانت في الأصل داراً واحدة، ولها بابان، فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل، كان الجوار لكل الدار ثابت لأهل الزقاقين، والعبرة للأصل دون العارض، ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفلها زقاق آخر إلى جانب آخر، فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة، كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق الذي لهم خاصة، ولا شفعة لهم في الجانب الآخر، وفي مثل هذا ينظر إلى الأصل.

(1) وفي "ظ": عد.

١٣٣٠٧ - وفي آخر شفعة "الأصل": دار فيها حُجرة، وحجرة منها بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه من الحجرة، فهذا على وجهين: إن كانت الحجرة مقسومة بينهما، فالشفعة للشريك في طريق الدار، لا للشريك في الحجرة؛ لأن الشركة في الحجرة قد انقطعت بالقسمة، وصار الشريك جارًا في حق الحجرة بعد القسمة، وبقي شريكًا في طريق الدار، فإن سلّم الدار الشفعة، كانت الشفعة للجار الملازق بالدار. وفي هذا الموضع أيضًا أرض اشتراها قوم، واقتسموها دورًا، وتركوا فيها سكة تمضي بهم، وهي سكة ممدودة غير نافذة، فبيعت دار في أقصى السكة، فهم جميعًا شركاء في شفعتها الأعلى والأقصى في ذلك على السواء؛ لأن الطريق في هذه السكة بقيت على الشركة الأصلية؛ لأنها لم تدخل تحت القسمة، فيستحقون الشفعة بحكم الشركة في الطريق، وكذلك إن كانوا ورثوا الدور عن آبائهم كذلك، ولا يعرفون كيف كان أصلها، فهذا والأول سواء، علل شمس الأئمة السرخسي، فقال: لأنهم شركاء في الفناء [وهو نظير الطريق الذي في السكة، فيشتركون في استحقاق الشفعة به.

قال محمد في "الأصل": الشريك في الفناء أحق من الجار، قال شمس الأئمة: فإن كان مراده فناء مملوك لهم ملكًا خاصًا، فهذا ظاهر، وإن كان المراد فناء غير مملوك، فوجهه أنهم أخص بالانتفاع بذلك الفناء، ولهم أن يمنعوا غيرهم عن الانتفاع به، فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة به.

١٣٣٠٨ - في شفعة "الأصل": اشترى بيتًا من دار علوه لآخر، وسفله لآخر، وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى، فإنما الشفعة للذي هو في دار الطريق، وهذا إذا كان مفتح العلو خارج الدار، أما إذا كان مفتحه إلى الدار، فصاحب العلو وغيره في الشفعة سواء بسبب الشركة في الطريق - والله أعلم -.

١٣٣٠٩ - في "الكيسانيات": دور ورثوها جماعة عن أبيهم، مات بعض ولد أبيهم، وترك نصيبه ميراثًا بين ورثته، وهم ثلاثة بنين، باع أحدهم نصيبه منها، فشركاؤه في ميراث أبيهم، وهم أبناء الميت الثاني، وشركاء الأب وهم أولاد الميت الأول شفعاء فيها، ليس بعضهم بأولى من بعض؛ لأنه ليس في الدار شيء إلا وهم شركاء فيه؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

نصيب الميت الثاني ليس معه في الشفعة.

الحسن بن زياد: قوم ورثوا دارًا فيها منازل، فاقتسموه، وأصاب كل واحد منهم منزلًا، ورفعوا فيما بينهم الطريق، فباع بعض من صار له منزله بحقوقه، وسلم الذين لهم المنازل في الدار الشفعة، كان للجار الشفعة إذا كان لزيق المنزل الذي بيع، وإن كان لزيق الطريق الذي بينهم، وليس بلزيق المنزل، كان له أن يأخذ المنزل وطريقه بالشفعة، وإن لم يكن لزيق المنزل، ولا لزيق الطريق الذي بينهم، وكان لزيق منزل آخر من الدار، فلا شفعة له، فهذه المسألة دليل أن الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع أيضًا.

١٣٢٦٠ - وفي كتاب الشرب لأبي عمر الطبري: دار فيها ثلاثة بيوت، وكل بيت لرجل على حدة، وطريق كل بيت في هذه الدار، وطريق الدار في دار أخرى، وطريق تلك الدار في سكة غير نافذة، بيع بيت من البيوت التي في الدار الداخلة، كان صاحب البيتين أولى بالشفعة من صاحب الدار الخارجة، لأنهم اشتركوا في الطريق في صحن الدار الداخلة، فإن سلما الشفعة، فالشفعة لصاحب الدار الخارجة، فإن سلم هو أيضًا، فالشفعة لأهل السكة.

في عيون المسائل: أرض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقًا، وجعلوها نافذة، ثم بنوا دورًا يمنة ويسرة، وجعلوا أبواب الدور شارعة إلى السكة، فباع بعضهم دارًا، فالشفعة بينهم سواء؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة، فكأنها غير نافذة؛ لأن لهم أن يرجعوا، ويسدوا الطريق، وإن كانوا جعلناها طريقًا للمسلمين، وكذلك الجواب أيضًا، قال الصدر الشهيد: هو المختار؛ لأن لهم أن يرجعوا ويسدوا، هو المختار.

١٣٢٦١ - في الزيادات في باب الشفعة التي يأخذها ذلك والتي لا يأخذها: داران متلازقتان كل واحد منهما لرجل، ولكل دار جيران، فتبايعا إحدى الدارين بالأخرى، فالشفعة للجيران، وليس لكل واحد منهما الشفعة، أما فيما باع فظاهر، وقد مرت المسألة من قبل، وأما فيما اشترى فلأن كل واحد منهما لو استحق الشفعة فيما اشترى استحق بسبب الجوار، وكل واحد منهما أزال جواره ببيع ما كان به مجاورًا لثبوت حق الشفعة، ولو كانت الداران جميعًا بينهما نصفان، فباع كل واحد منهما نصيبه من

هذه الدار بنصيب صاحبه من الدار الأخرى، فلا شفعة للجيران ههنا؛ لأن كل واحد منهم شريك في الدار التي اشترى نصفها.

١٣٣١٢ - رجل اشترى دارًا في سكة غير نافذة، ثم اشترى بعد ذلك أخرى، كان لأهل تلك السكة أن يأخذوا الدار الأولى، ويكونوا شركاء في الثانية؛ لأن وقت شراء الأولى لم يكن المشتري شريكهم في السكة، ووقت شراء الثانية هو شريكهم في السكة، وكذلك لو كانت بين ثلاثة نفر دار، فاشترى رجل نصيبهم واحدًا بعد واحد، فللجار أن يأخذ الثلث الأول، وليس له على الثلثين الباقيين سبيل(١)، لما قلنا، ولو كانت الدار بين أربعة، فاشترى رجل نصيب الثلاثة واحدًا بعد واحد، والرابع غائب، ثم حضر الغائب، فله أن يأخذ نصيب الأول، وفي نصيب الآخرين شريك له لما قلنا، ولو اشترى أحد الأربعة نصيب الاثنين واحدًا بعد واحد، ثم حضر الرابع، كان المشتري شريكًا في النصيبين جميعًا؛ لأن ههنا المشتري شريك وقت شراء النصيبين، بخلاف ما تقدم.

وفي "الهاروني": دار بين ثلاثة نفر، اشترى رجل نصيب أحدهم، ثم جاء رجل آخر، واشترى نصيب الآخر، ثم جاء الثالث الذي لم يبع نصيبه، كان له أن يأخذ النصيبين جميعًا بالشفعة [فإن لم يحضر الثالث حتى](٢) جاء المشتري الأول إلى المشتري الثاني، وطلب منه الشفعة، كان له ذلك، ويقضى له بها، فيصير له النصيبان جميعًا، فإن جاء الثالث بعد ذلك، وكان غائبًا، وطلب الشفعة، أخذ جميع ما اشتراه الأول، ونصف ما اشتراه الثاني، ولو لم يقض القاضي للمشتري الأول بما اشتراه الثاني، قضى للثالث بالنصيبين جميعًا، وأشار إلى الفرق، وقال: إذا قضى القاضي للمشتري الأول [بنصيب الثاني، صار نصيب الثاني ملكًا للمشتري الأول، فإذا جاء الثالث، وأخذ ما اشتراه المشتري الأول](٣) صار كأن الأول باع ما اشتراه، وإنه لا يوجب بطلان ملكه فيما أخذ بالشفعة بقضاء القاضي، فصار الأول شفيعًا في نصيب الثاني، والثالث أيضًا شفيع

(١) وفي ف: شركة.

(٢) هكذا في ف، وكان في ظ، ز، م: بين هلالين حتى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

فيه ، فتقضي بينهما ، فأما قبل قضاء القاضي بذلك فنصيب الثاني لم يصر ملكًا للمشتري الأول ، بل له حق أن يتملكه كما اشتراه ، فإذا أخذ الثالث ما اشتراه الأول ، فقد زال ملك الأول وحقوقه ، فلا يستحق به الشفعة .

قال محمد في "الأصل" : الشركاء في النهر الصغير كل من كان له شرب أحق من الجار الملازق ، وإن كان نهرًا كبيرًا تجري فيه السفن ، فالشفعة للجار الملازق في باب شفعة الأرضين في شفعة "الكافي" ، قال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني : أراد بالسفن هنا السفن الزورقات التي هي أصغر السفن ، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في "شرحه" : أن المذهب عند أبي حنيفة أن النهر الكبير التي تجري فيه السفن من الأنهار كدجلة والفرات ، وكل ما يجري فيه السفن من الأنهار يكون في معنى دجلة والفرات ، وما لا تجري فيه السفن ، يكون في حكم النهر الصغير .

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده" أن المشايخ اختلفوا في حد النهر الكبير والصغير ، بعضهم قالوا : النهر الكبير ما يتفرق ماءه بين الشركاء ، وله منفذ إلى المنافذ التي هي لجماعة المسلمين ، والنهر الصغير ما يتفرق ماءه بين الشركاء ، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي ، ولا يكون له منفذ .

وعامة المشايخ على أن الشركاء على النهر إن كانوا لا يحصون ، فهذا نهر كبير ، وإن كانوا يحصون ، فهذا نهر صغير ، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى ، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم قدر ما لا يحصى بمائة ، وبعضهم قدر ما لا يحصى بأربعين ، وبعضهم قدر ما لا يحصى بعشرة

وبعض مشايخنا قالوا : أصح ما قيل فيه : إنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآهم كثيرًا كانوا كثيرًا ، وإن رآهم قليلًا كانوا قليلًا .

ثم إن عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة ، حيث جعلوا الشركة في النهر إن كان بين أقوام يحصون خاصة ، وإن كان للنهر منفذ إلى منافذ هي لجماعة المسلمين ، ولم يجعل الشركة في الطريق الذي له منفذ إلى الطريق العامة شركة خاصة ، وإن كان أهل السكة مما يحصون .

١٢٣١٣ - نهر خاص لرجل في أرض رجل ، وعليه رحى ماء لصاحب فلو باع

صاحب النهر النهر، النهر مع الرحى، فلصاحب الأرض أن يأخذ النهر مع الرحى بالشفعة، وإن لم يكن له اتصال بالرحى؛ لأن الرحى مع النهر كشيء واحد، إذ الانتفاع بالرحى بدون النهر لا يمكن، فجار النهر يكون جار الرحى، قال: وجميع جيران النهر في الشفعة في النهر والرحى على السواء، ولا يختص الملازق للرحى بالرحى، ذكره شيخ الإسلام في شرحه.

١٣٣١٤- في الشفعة للحسن بن زياد: نهر كبير كدجلة، يجري لقوم منه نهر صغير، فصارت شرب أراضيهم من هذا النهر الصغير، فباع رجل من أهل هذا النهر الصغير أرضه بشربها، كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير أن يأخذوا تلك الأرض بالشفعة، أقصاهم وأدناهم فيها سواء، وإن كانت الأرض التي بيعت قطعة أخرى تزيد بها هذه الأرض المبيعة، وشرب هذه القطعة من النهر الكبير، فلا شفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر الصغير

وفي كتاب هلال البصري: في نهر يلتوي فيه أرضون خلف الالتواء أو قبله، فإن كان الالتواء بتربيع، فهو كنهرين، فتكون الشفعة للشركاء في الشرب إلى موضع الالتواء خاصة، فإن سلموا، فهي للباقين من أهل النهر، قال: وهو كنهر صغير أخذ من نهر كبير، وبيع أرض على هذا النهر الصغير، كان أهل النهر الصغير أولى بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأهل النهر الكبير، وإن كان الالتواء باستدارة وانحراف، كانت الشفعة لهم جميعاً، وجعلوه كالنهر الواحد.

١٣٣١٥- في المنتقى: ابن سماعة عن محمد: نهر بين قوم لهم عليه أرضون وبساتين شربها من ذلك النهر شركاء فيه، فلهم الشفعة فيما بيع من هذه الأراضي والبساتين، فإن اتخذوا من تلك الأرضين والبساتين دوراً، واستغنوا عن ذلك الماء إلا للشفة، فإنه لا شفعة بينهم إلا بالجوار، بمنزلة دور الأمصار، وإن بقي من هذه الأرضين ما يزرع، وبقي منها بساتين تحتاج إلى السقي، فهم شركاء في الشرب على حالهم، وشركاء في الشفعة.

وفيه أيضاً قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن نهر لقوم فيه شرب، وأصل النهر لغيرهم، فباع رجل أرضه، والماء منقطع في النهر، فلهم الشفعة بالشرب في

قول محمد، وفي قياس قول أبي حنيفة لا شفعة لهم، وفي نسخة : وفي قياس قول أبي يوسف : لا شفعة لهم، كقولهم في العلو المتهدم.

١٣٣١٦ - اشترى الرجل نهرا بأصله، ولرجل أرض في أعلاه إلى جنبه، ولرجل آخر أرض في أسفله إلى جنبه، فلهما جميعا الشفعة، وفي جميع النهر من أعلاه إلى أسفله؛ لأن كل واحد منهما جار، فإن ملك كل واحد منهما متصل ببعض المبيع، والاتصال بالبعض يثبت الجوار.

١٣٣١٧ - نهر أعلاه لرجل، ومجراه في أرض رجل آخر، وأسفله لرجل آخر، فإن اشترى رجل نصيب صاحب أعلى النهر، فطلب صاحب الأرض وصاحب أسفل النهر الشفعة، فإن لهما الشفعة بحكم الجوار؛ لأنهما جاران للنهر، لكن جوار صاحب السفل أقل؛ لأن جواره مقدار عرض النهر، وجوار صاحب الأرض مقدار طول النهر، ولا عبرة لزيادة الجوار، ولا يصير أحدهما أولى بسبب أنه اتصل غمرة النهر، وإن كان لأحدهما شرب من هذا النهر، ولا شرب للآخر؛ لأن الشركة في الشرب ليست شركة في حقوق المبيع، وهو النهر، إذ الشرب ليس من حقوق النهر، إنما هو من حقوق الأرض، إذ لا حاجة إلى الشرب للنهر، وإنما يتقدم على الجار من له شركة في رقبة المبيع، أو في حقوقه في "الأجناس".

١٣٣١٨ - وفي الشرب لأبي عمرو الطبري : في قطعة أرض لرجل لها شرب من نهر بين قوم، باع صاحب القطعة أرضه بلا شرب، فالشركاء في الشرب الشفعة، وهم أحق من الجيران، وبطل حق البائع من الشرب، وصار ذلك لشركائه، فإن سلم الشركاء الشفعة، ثم بيعت هذه القطعة مرة أخرى، فلا شفعة لأرباب الشرب بالشرب؛ لأن الشرب قد انقطع لهذا الأرض، ألا يرى أنه لا شركة للبائع الثاني في الشرب، ولو اشترى البائع الأول هذه القطعة، ثم أراد أن يرجع في نصيبه من الشرب، ليس له ذلك؛ لأنه حين باع الأرض بلا شرب، فقد بطل حقه من الشرب.

قال صاحب "الأجناس" : وقد رأيت في كتاب الوقف لهلال البصري صاحب الوقف لو باع أرضه بلا شرب، فالشرب للبائع بحاله، وعليه نفقة النهر.

١٣٣١٩ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : دار في سكة

خاصة ، باعها صاحبها من رجل بلا طريق ، فلأهل السكة الشفعة ، وكذلك لو باع أرضا بلا شرب ، فلأهل الشرب الشفعة ، ولو بيع هذه الدار ، وهذه الأرض مرة أخرى ، ليس لهم فيها شفعة ؛ لأنه قد انقطع الدار من الطريق ، وحق الأرض من الشرب - والله سبحانه أعلم .

الفصل الثالث

في طلب الشفعة

١٣٣٢٠ - قال محمد : إذا علم الشفيع بالبيع ، فلم يطلب مكانه فلا شفعة له .

يجب أن يعلم بأن الشفعة تجب بالجوار ، وبالعقد ، أو بالشركة ، وبالعقد ، وتتأكد بالطلب ، ولا يفيد الملك إلا بقضاء ، أو رضاء ، والطلب على ثلاثة أوجه : طلب مواثبة ، وطلب إشهاد وتقرير ، وطلب تمليك .

١٣٣٢١ - واختلف العلماء في مقدار مدة طلب المواثبة : قال علماؤنا في ظاهر الرواية : يشترط فور علمه بالشراء إن طلب كما علم بالشراء ثبت حقه ، وإن لم يطلب ، وسكت هنيهة بطل ، وإليه ذهب مشايخ بلخ ، وعامة مشايخ بخاري .

وروى [هشام عن محمد : أن له مجلس العلم إن طلب في مجلس العلم ثبت حقه ، وإن لم يطلب حتى قام ، بطل ، وهو اختيار الكرخي ، وبعض مشايخ بخارى ، وروى][1] ابن رستم عن محمد : أنه إذا سكت هنيهة ، لا تبطل شفعته ، ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في شيء من الكتب كيفية طلب المواثبة ، والصحيح أنه إذا أتى بأي لفظ ما أتى بالماضي ، أو بالمستقبل ، إذا كان لفظا يفهم منه طلب الشفعة ، أنه يجوز ، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني ، وشمس الأئمة السرخسي ، وهذا الطلب وهو طلب المواثبة ليس لإثبات الحق ؛ لأن الطلب يقتضي مطلوبًا منه ، فيصح ، وليس في هذا الطلب مطلوب وبدون المطلوب لا يكون طلبًا على الحقيقة ، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة ، وغير راض بجوار هذا الرجل

والإشهاد ليس بشرط لصحة هذا الطلب ، وكذلك حضرة كل واحد من الأشياء الثلاثة . البائع ، أو المشتري ، أو الدار ليست بشرط لصحة هذا الطلب ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب ، لا لأنه شرط لصحة هذا الطلب ، ولكن لأن المشتري

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ ، م ، ف .

لو جحد هذا الطلب، فالشهود يشهدون له على ذلك، وهو نظير ما قال أصحابنا في الأب: إذا وهب من ابنه الصغير هبة، وأشهد على ذلك ما ذكر، والإشهاد لكونه شرطًا لصحة الهبة، ولكن لأنه لو جحد فالشهود يشهدون.

وكذلك ذكروا الإشهاد في الحائط المائل لا لكونه شرط صحة طلب التفريغ، ولكن لأن صاحب الحائط لو جحده، فالشهود يشهدون عليه.

١٣٣٢٢ - وبعد ما طلب طلب المواثبة يحتاج إلى طلب الإشهاد، والتقرير، وهذا الطلب إنما يصح عند حضرة واحد من الثلاثة: إما المشتري، وإما البائع، وإما الدار، فإن حضر المشتري، يقول: اشترى هذه الدار التي باعها فلان، أحد حدودها كذا، والثاني والثالث والرابع كذا، وأنا شفيعها بالجوار بداري التي حدودها[1] كذا وكذا، وكنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك. وإن حضر البائع يقول: إن هذا باع من فلان داره التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا، فاشهدوا على ذلك، وإن حضر الدار يقول: اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها إلى آخر ما ذكرنا، فاشهدوا على ذلك. وهذا الطلب عند المشتري صحيح، سواء كانت الدار في يد المشتري، أو في يد البائع، وكذلك عند البائع إذا كانت الدار في يده، وإن لم تكن الدار في يده: ذكر الشيخ أبو الحسن القدوري في شرحه، وعصام في مختصره، والناطفي في أجناسه أنه لا يصح، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه أنه صحيح استحسانًا، وأحاله إلى الجامع الكبير، وهكذا ذكر الشيخ الكبير الزاهد أحمد الطواويسي، ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن، ولم يطلب بطل حقه.

قال شيخ الإسلام في شرحه في باب شفعة أهل البغي: إن الشفيع إنما يحتاج إلى طلب المواثبة، ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء، فطلب طلب المواثبة، وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه، ويقوم ذلك مقام طلبين، فإن قصد الأبعد من هؤلاء الأشياء الثلاثة، وترك الأقرب، فإن كانوا جميعًا في مصر

---

[1] وفي "ف": أحد حدودها.

ذكره القاضي الإمام ، بل إذا طلب وأشهد من غير تأخير في أي موضع طلب جاز ، ولو كان البائع أو المشتري في مصر الشفيع لا بد من الطلب بحضرته.[1]

١٣٣٢٥ - ثم بعد طلب المواثبة وطلب الإشهاد يحتاج إلى طلب التمليك ، وهو الطلب عند القاضي إن لم يسلم المشتري الدار إليه ، وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضي : إن فلاناً اشترى داراً ، ويبين محلتها وحدودها ، وأنا شفيعها بدار لي - ويبين حدودها - فمره بتسليمها إلي ، وبعد هذا الطلب أيضاً لا يثبت الملك للشفيع في الدار المشفوعة إلا بحكم القاضي ، أو بتسليم المشتري الدار إليه حتى إن بعد هذا الطلب قبل حكم القاضي بالدار له قبل تسليم المشتري الدار إليه [لو بيع دار أخرى بجنب هذه الدار ، ثم حكم له الحاكم ، أو سلم المشتري الدار إليه][2] لا يستحق الشفعة فيها ، وكذلك لو مات الشفيع ، أو باع داره بعد الطلبين قبل حكم الحاكم ، أو تسليم المشتري ، تبطل شفعته ، ذكر الخصاف ذلك في « أدب القاضي » ، وللشفيع أن يمتنع من الأخذ بالشفعة ، وإن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له به ؛ لأن في قضاء القاضي له زيادة فائدة ، وهو معرفة القاضي بسبب ملكه ، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين ؛ فكان الأخذ بقضاء القاضي أحوط .

١٣٣٢٦ - في شفعة الإسبيجابي : فإن ترك الشفيع الطلب الثالث ، يعني بعد ما طلب الطلبين ، ولم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقضي له بالشفعة ، هل تبطل شفعته؟ أجمعوا على أنه إذا ترك هذا الطلب بعذر من مرض ، أو حبس ، أو غير ذلك ، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب ، أنه لا تبطل شفعته ، وإن طالت المدة ، وإن ترك هذا الطلب بغير عذر على قول أبي حنيفة لا تبطل شفعته ، وإن طالت المدة ، وعلى قولهما : تبطل إذا طالت المدة ، واختلفت الرواية عنهما ، ففي رواية عن محمد : أنه قدره بثلاثة أيام ، وفي رواية أخرى : أنه قدره بشهر ، فقال : إذا ترك المرافعة شهراً ، بطلت شفعته ، وهو إحدى الروايات عن أبي يوسف ، قال شيخ الإسلام : الفتوى اليوم على هذا ، وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة ، رواه محمد عنه .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارات من « ف » .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

١٣٣٢٧ - قال محمد في "الأصل": وإذا كان الشفيع غائبًا، فعلم بالشراء، فإنه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري، أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد والتقرير. فإذا مضى ذلك الأجل قبل أن يطلب هذا الطلب، أو يبعث من يطلب له، فلا شفعة له، فإن قدم المصر الذي فيه الدار، فتغيب المشتري، وطلب الشفيع طلب الإشهاد والتقرير عند البائع، إذا كانت الدار في يده، أو عند الدار، ثم ترك الطلب الأخير، فإنه لا تبطل شفعته، وإن طال ذلك بلا خلاف؛ لأنه إنما ترك هذا الطلب بعذر؛ لأنه لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري ليخاصمه ويأخذ منه، يهرب المشتري إلى مصر آخر، وترك هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة.

وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا ترك الطلب الثالث سنة؛ لأنه لم يكن في البلد قاضي، فهذا عذر.

١٣٣٢٨ - الشفيع إذا علم بالشراء، وهو في طريق مكة، وطلب طلب المواثبة، وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه، فوكل وكيلا ليطالب له بالشفعة، فإن لم يفعل، ومضى بطلت شفعته، فإن لم يجد من يوكله، ووجد فيجًا يكتب على يديه كتابًا، ويوكل وكيلا بالكتاب، فإن لم يفعل، بطلت شفعته، فإن لم يجد وكيلا، ولا فيجًا، لا تبطل شفعته حتى يجد الفيج.

وفي "فتاوى أبي الليث" في "فتاوى أهل سمرقند": رجل له شفعة عند القاضي، فقدمه إلى السلطان الذي يولي القضاة، فإن كان شفعته عند السلطان، وامتنع القاضي عن إحضاره، فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر الشفيع، إذا علم بالبيع في نصف الليل، ولم يقدر على الخروج، فإن أشهد حين أصبح صح؛ لأن هذا تأخير بعذر.

١٣٣٢٩ - في "واقعات الناطفي": اليهودي إذا سمع البيع يوم السبت، فلم يطلب الشفعة، بطلت شفعته؛ لأن هذا تأخير بغير عذر.

وفي "فتاوى أهل سمرقند": وفي هذا الموضع أيضًا: الشفيع بالجوار إذا خاف أنه إذا طلب الشفعة عند القاضي، والقاضي لا يرى ذلك، ويُبطل شفعته، فلم يطلب، فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر.

طلب الإشهاد؛ لأن هذا ترك بعذر، فإن كان يقدر على أن يبعث وكيلاً، أو يأخذ بنفسه عسكرهم، فلم يطلب طلب الإشهاد، بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد بغير عذر.

١٣٣٣٢- إذا اتفق البائع، والمشتري والشفيع أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام، ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب، فقال الشفيع: طلبت منذ علمت، وقال المشتري: ما طلبت، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة، ولو قال الشفيع: علمت الساعة وأنا أطلبها، وقال المشتري: علمت قبل ذلك، ولم تطلب، فالقول قول الشفيع.

وفي «نوادر أبي يوسف»: إذا قال الشفيع: طلبت الشفعة حين علمت، فالقول قوله، ولو قال: علمت أمس، وطلبت، أو قال: كان البيع أمس، وطلبت في ذلك الوقت، لم يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي».

ويحكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني: أنه قال: إذا كان الشفيع علم بالشراء، وطلب طلب المواثبة، ثبت حقه، لكن إذا قال بعد ذلك: علمت منذ كذا، وطلبت لا يصدق على الطلب، ولو قال: لم أعلم إلا الساعة، يكون كاذباً، فالحيلة في ذلك أن يقول لإنسان: أخبرني بالشراء، ثم يقول: الآن أخبرت، ويكون صادقاً، وإن كان أخبر قبل ذلك.

قال: وفي الصغيرة إذا بلغت في نصف الليل، واختارت نفسها، وأرادت أن تشهد على ذلك، تقول: حضت الآن، ولا تقول: حضت في نصف الليل، واخترت نفسي، فإنها لا تصدق في الخيار في نفسها، ولكن تقول على نحو ما بينا، وتكون صادقة في قولها: الآن حضت؛ لأن الحيضة اسم لكل دم يدر ساعة بعد ساعة.

١٣٣٣٣- وذكر محمد بن مقاتل في «نوادره»: إذا كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم، ويخشى أنه إن أقر بذلك يحتاج إلى البينة، فقال المدعي: علمت الآن، وأنا أطلب الشفعة، يسعه أن يقول ذلك، ويحلف على ذلك، ويستثني في يمينه، وقد احتج على ذلك بما ذكر في وديعة «الأصل»: إذا جحد المودع الوديعة، ثم ظفر في بلد رب الوديعة من جنس ما أودع عنده من الدراهم له أن يأخذ بحقه، ويحلف عليه، ويستثني في يمينه.

إذا قال الشفيع: كنت طلبت الشفعة أمس حين علمت بالبيع، وأنكر المشتري ذلك، فطلب الشفيع يمين المشتري، ذكر في الهاروني وفي أدب القاضي للخصاف: أنه يحلف المشتري: ما يعلم أنه طلب شفعته، ولم يذكر فيه خلافاً. وذكر الفقيه علي الرازي أن هذا قول أبي يوسف، وقال محمد: أحلفه على البتات بالله ما طلب شفعته حين علمه بالشراء: فإن قال المشتري للقاضي: حلفه بالله لقد طلب هذه الشفعة طلباً صحيحاً ساعة علمه بالشراء من غير تأخير، حلفه القاضي على ذلك، ذكره موسى بن نصر في شفعته.

١٣٣٤ - وإن أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان، ولم يطلب الشفعة، وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالبيع، فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري، ذكره في نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة.

١٣٣٥ - في فتاوى أبي الليث: المشتري إذا أنكر طلب الشفعة، فالقول قوله مع يمينه، فبعد ذلك ينظر إن أنكر طلبه عند سماع البيع، يحلف على العلم بالله ما يعلم أن الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة؛ لأنه لا يحيط علمه به، وإن أنكر طلبه عند اللقاء، يحلف على البتات؛ لأنه يحيط علمه به.

ابن سماعة في نوادره: عن محمد: إذا طلب الشفيع الشفعة، ورفعه إلى القاضي، فالقاضي يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن، فإن جاء به إلى ثلاثة أيام، وإلا أبطل شفعته.

وفي فتاوى الفقيه أبي الليث: الشفيع إذا طلب الشفعة، فقال المشتري: هات الدراهم، وخذ شفعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم، ولم يحضر ثلاثة أيام بطلت شفعته. هكذا روي عن محمد، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا تبطل، والله أعلم.

أرض البستان، فبيع العشرة الأقرحة، فللشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه، وليس له في غيرها شفعة؛ لأن كل قراح على حدة، وإن لم يكن بينهما طريق، وكذلك لو كانت قرية خالصة لرجل، باعها بدورها وكرومها وأراضيها، وناحية منها تلي أرض البستان، فالشفيع يأخذ القراح الذي يليه.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٢٢٣٩- إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري، دون البعض، يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أن المشتري إذا كان واحداً، والبائع واحد، وقد اشترى الدار بصفقة واحدة أنه ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض دفعاً للضرر عن المشتري، يعني به ضرر عيب الشركة، وإن كان المشتري واحداً، والبائع اثنان أو ثلاثة، وقد اشترى الدار صفقة واحدة، فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر، وإن كان المشتري اثنين، أو ثلاثة، والبائع واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، والفرق أن المشتري إذا كان اثنين، فليس في أخذ نصيب أحدهما ضرر عيب الشركة لا على المشتري، ولا على البائع: أما على المشتري فلأن الشفيع يأخذ تمام نصيبه، وأما على البائع فلأن أحد النصيبين يصير للشفيع، والنصيب الآخر يبقى للمشتري الآخر، فأما إذا كان البائع اثنين، والمشتري واحداً، ففي أخذ المشتري نصيب أحد البائعين ضرر عيب الشركة على المشتري في الباقي.

وهذا بخلاف ما لو اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كذلك، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن كان يلحق المشتري ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة.

قال القدوري في شرحه: وقد روي عنهم بخلاف هذا، فإنه روي عنهم أن البائع إذا كان اثنين، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن قبل القبض التملك يقع على البائع، وقد أخذ جميع ما خرج عن ملكه، وبعد القبض التملك يقع على المشتري، فيلحقه ضرر عيب الشركة في الباقي.

وروي عنهم: أن المشتري إذا كان اثنين، لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك يقع على البائع، فتتفرق عليه الصفقة، وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن التملك يقع على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه.

قال القدوري: وسواء سمى لكل نصف ثمناً، أو كان الثمن جملة واحدة، فالعبرة لاتحاد الصفقة دون الثمن.

وكذلك لو كان الشراء بوكالة، فوكل رجل رجلين، فاشتريا، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين، والوكيل رجلا واحداً، لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين.

والحاصل أن على ظاهر الرواية ينظر في مثل هذه المسائل إلى المشتري، فإن كان المشتري واحداً، اشترى الدار لنفسه، أو لجماعة بتوكيلهم إياه، والبائع واحد، وقد اشترى بصفقة واحدة، فليس للشفيع إلا أن يأخذ الكل، أو يدع الكل، ولو كان المشتري جماعة، اشتروا لأنفسهم، أو لواحد بتوكيله إياهم بصفقة واحدة، أو متفرقة، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

وإذا كان المشتري واحداً، والبائع اثنين، فطلب الشفيع نصيب أحدهما مع أنه ليس له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر، هل يكون على شفعته فيما صح؟ ذكر في آخر شفعة "الأصل": أنه على شفعته، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا الجواب محمول على ما إذا وجد منه طلب المواثبة، وطلب الإشهاد في الكل، ثم أراد أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأن طلب[1] التمليك في النصف لا يربو على تركه في الكل، وتركه في الكل لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أصلاً، وعندهما إلى شهر، وهو المختار، ففي النصف أولى؛ فأما إذا طلب المواثبة، وطلب الإشهاد في النصف، يبطل شفعته؛ لأنه اجتمع ما يوجب بطلان شفعته، وما يمنع بطلانه؛ لأن طلب الشفعة في النصف طلب في الكل؛ لأنها لا تتجزأ، فقد وجد الطلب في الكل من هذا الوجه، وإنه يوجب بقاء شفعته، وترك الطلب في النصف ترك الطلب في الكل؛ لأنها لا تتجزأ، وإنه يوجب بطلان شفعته في الكل، فكان حقه[2] في الشفعة بين القائم والساقط، فلا

---

(١) وفي ف: لأن ترك طلب التمليك.

(٢) وفي ب: فكان حقه في أحق الشفعة

يصلح للتمليك، لأنه غير ثابت، لأن غير الثابت لا يثبت بالشك، وقال بعضهم: هذا الجواب محمول على إطلاقه، فإذا طلب طلب المواثبة والإشهاد في المجلس، لا تبطل شفعته، لأنه اجتمع ما يوجب بقاء شفعته وما يوجب بطلان شفعته، وإنما كانت ثابتة، فلا تبطل بالشك][1].

١٠٢٢٤ - وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، وأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس له ذلك، وكذلك لو كانت أرضين، وقرية وأرضها، أو قريتين وأرضيهما، وهو شفيع ذلك كله، فإن له أن يأخذ جميع ذلك، أو يدعه، وسواء كانت الداران متلازقتين، أو غير متلازقتين في مصرين، أو قريتين بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة.

في آخر شفعة الكافي: ونص على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى في مثل هذه المسألة.

في الشفعة للحسن بن زياد: فإن كان الشفيع شفيعاً لإحداهما، وقد وقع البيع صفقة واحدة، ذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يأخذ الدار التي هو شفيعها في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه رواية شاذة أنه ليس له ذلك، إما أن يأخذهما أو يتركهما، وعلى هذه الرواية قال أبو حنيفة: لو اشترى المشتري الدار مع متاع فيها صفقة واحدة، فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع، أو يدع الكل، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه كان أبو حنيفة يقول أولاً: له أن يأخذهما جميعاً، أو يدع، ثم رجع وقال: لا يأخذ واحدة منهما، ثم رجع وقال: يأخذ التي هو شفيعها خاصة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

في الشفعة للحسن بن زياد في مثل هذه المسألة: أن الشفيع يأخذ الكل، أو يدع الكل، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقد ذكرنا قول أبي يوسف في ابتداء الفصل في القراحين والبيتين، وذكرنا قول محمد رحمه الله تعالى في الأقرحة والحوانيت، والله أعلم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م وف.

الفصل الخامس

في الحكم في الشفعة والخصومة فيها

١٣٣٤١ – قال محمد رحمه الله تعالى: ولا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، وإن طلب أجلا، أجله يومين أو ثلاثة، وثم يقضي له بالشفعة، وإن قضى بالشفعة، نفذ قضاءه، ولا ينقض حتى لو أبى الشفيع أن ينقد الثمن حبسه القاضي.

وفي "المنتقى": قال هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الشفيع للقاضي: اقض لي بالشفعة، ودعها على حالها من غير أن تسلم إليّ حتى آتيك بالمال، ثم يفعل ذلك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الشفعة: أن القاضي يقضي بالشفعة، وإن لم يحضر الشفيع الثمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ويكون للمشتري حق الإمساك إلى أن يستوفي الثمن.

قال "القدوري": وقد روى الحسن عن أبي حنيفة مثل قول محمد رحمه الله تعالى: إن القاضي لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن

١٣٣٤٢ – وإذا رفع الشفيع الأمر إلى القاضي، وطلب منه أن يقضي له بالشفعة، فهذا على وجهين: إن كانت الدار في يد البائع، فالقاضي لا يسمع خصومته، ولا يقضي له بالشفعة إلا بحضرة البائع والمشتري؛ لأن اليد للبائع، والملك للمشتري، فكان القضاء متعرضًا للحقين، فلا بد من حضرتهما، وإن كانت الدار في يد المشتري، فالخصم هو المشتري وحده بشرط حضرته، ولا يشترط حضرة البائع؛ لأنه ليس له ملك، ولا يد، وكان كالأجنبي، فإن أخذ الدار من المشتري، فعهدته وضمان ماله على المشتري، وإن أخذها من البائع، فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا؛ لأن بالأخذ من البائع ينتقض العقد الذي جرى بين البائع والمشتري، ويقع التملك عن البائع، وهو المذهب عند

علمائنا رحمهم الله ، ومعنى انتقاض البيع فيما بين البائع والمشتري الانتقاض في حق الإضافة إليه، فإن قول البائع للمشتري : بعت هذه الدار إيجاد البيع ، وقوله : منك إضافة إليه ، فإذا أخذها الشفيع بالشفعة تقدم على المشتري فصار ذلك البيع مضافًا إلى الشفيع بعد أن كان مضافًا إلى المشتري ، وانتقضت الإضافة إلى المشتري](١) .

ونظيره في المحسوسات : من رمى سهمًا إلى رجل ، فتقدم عليه غيره ، فأصابه السهم ، فالرمي في نفسه لم ينقطع ، ولكن التوجه إلى الأول قد انقطع بتخلل هذا الثاني .

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أن المشتري إن كان نقد الثمن ، ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بحضرتهما ، فإنه يقبض الدار من البائع ، وينقد الثمن للمشتري ، وعهدته على المشتري ، وإن كان لم ينقد الثمن ، دفع الشفيع الثمن إلى البائع ، وعهدته على البائع .

فلو أن الشفيع في هذه الصورة وجد بالدار عيبًا ، فردها على البائع أو على المشتري بقضاء القاضي ، فأراد المشتري أن يأخذها بشرائه ، صح له ذلك ، وإن أراد البائع أن يردها على المشتري بحكم ذلك الشراء ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها ، وإن شاء تركها ، قال من قبل القضاء الذي حدث للشفيع فيها

فإن أخذ الشفيع الدار من المشتري ، وأراد أن يكتب كتابًا على المشتري ليكون وثيقة للشفيع على المشتري له ذلك .

ويحكي في الكتاب شراء المشتري أولاً ، ثم يرتب عليه الأخذ بالشفعة ؛ لأن الشفعة إنما تثبت فيما ملك بجهة الشراء ، فيحكي المشتري أولاً ، حتى لا ينكر المشتري لملكه من جهة بائعه بالشراء يومًا من الدهر .

ويأخذ الشفيع من المشتري كتاب شرائه الذي كتب على بائعه ، وإن أبى المشتري أن يدفع ذلك إليه ، فله ذلك ؛ لأن الكاغد ملك المشتري ، ولكن ينبغي للشفيع أن يحتاط لنفسه ، فيشهد قومًا على تسليم المشتري الدار إليه بالشفعة .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

وإن كان الشفيع أخذ الدار من البائع يكتب كتابًا على البائع على نحو ما يكتب لو أخذه من المشتري، ويكتب في هذا الكتاب إقرار المشتري، أنه سلم جميع ما في هذا الكتاب، وأجازه، وأقر أنه لا حق له في هذه الدار ولا في ثمنها.

١٣٣٤٣ - وإذا وقع الشراء بثمن مؤجل إلى سنة مثلاً، فحضر الشفيع، وطلب الشفعة، وأراد أخذها إلى ذلك الأجل، فليس له ذلك إلا برضى المأخوذ منه، ويقول القاضي له: إذا لم يرضَ المأخوذ منه، إما أن ينقد الثمن حالاً، أو يصبر حتى يحل الأجل، فإن نقد الثمن حالاً، وكان الأخذ من البائع يسقط الثمن عن المشتري، وإن نقد الثمن حالاً، وكان الأخذ من المشتري يبقى الأجل في حق المشتري على حاله، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشتري قبل محل الأجل، وإن صبر حتى حل الأجل، فهو على شفعته، ولكن ينبغي أن يطلب الشفعة في الحال على ما هو ظاهر الرواية، وهذا كله إذا كان الأجل معلومًا، فأما إذا كان مجهولاً، نحو الحصاد والدياس، وأشباه ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن، وآخذها لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد.

١٣٣٤٤ - في «المنتقى»: دار بيعت ولها شفيعان جاران، وأحدهما غائب، فخاصم الحاضر المشتري إلى قاضي لا يرى الشفعة بالجوار، فقال له: لا شفعة لك، أو قال: أبطلت شفعتك، ثم قدم الشفيع الآخر، وخاصم المشتري إلى قاضي يرى الشفعة بالجوار، فإنه يقضي له بجميع الدار، وإن طلب الأول القضاء من هذا القاضي، فالقاضي لا يقضي له بشيء؛ لأن قاضيًا من القضاة قد أبطل حقه، فإن كان القاضي الأول قال للشفيع الأول: أبطلت شفعتك، وقضيت بإبطال الشفعة في هذه الدار لكل جار، فإن هذا خطأ منه، وإنه قضاء على الغائب، فهو يجوز على ما يجوز عليه القضاء على الغائب.

١٣٣٤٥ - وفيه أيضًا: رجل اشترى من آخر دارًا بألف درهم، وباعها من رجل آخر بألفي درهم، وسلمها، ثم حضر الشفيع، وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول، قال أبو يوسف: يأخذها من الذي هي في يديه، ويدفع إليه ألف درهم، ويقال له: أطلب صاحبك الذي باعك، فخذ منه ألفًا أخرى.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا حضر الشفيع، وقد باع المشتري الدار وسلمها وغاب، وأراد أن يأخذها بالبيع الأول، فلا خصومة بينه وبين المشتري الآخر، فالحاصل أن الشفيع لو أراد أخذها بالبيع الأول، يشترط حضرة المشتري الأول عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف: لا يشترط حضرته، وإن أراد أخذها بالبيع الثاني، لا يشترط حضرة المشتري الأول بلا خلاف.

١٣٣٤٦- وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة، وضرب له أجلاً، وقال: إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا، فلا شفعة لك، فلم يأت به بطلت شفعته، وكذلك إذا قال المشتري: ذلك للشفيع، فإن جاء بالدنانير، والثمن دراهم، فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: لا تبطل شفعته، وبعضهم توقف في الجواب، فيفتى أنه لا تبطل شفعته، وكذلك إذا قال الشفيع: إن لم أعط الثمن إلى وقت كذا، فأنا بريء من الشفعة، فهو صحيح، ويبطل حقه إن لم يعط الثمن إلى ذلك الوقت.

في "القدوري": في "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن قول الشفيع: لا حق لي عند فلان، براءة عن الشفعة.

رجل في يده دار، جاء رجل، وادعى أن صاحب اليد اشترى الدار من فلان، وأنا شفيعها، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا أودعها إياه، يقضي القاضي للشفيع بالشفعة؛ لأن صاحب اليد انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه، وهو شراء هذه الدار من فلان، وفي مثل هذا لا يندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثبات أن يده يد وديعة.

ولو كان الشفيع لم يدع الشراء على صاحب اليد، إنما ادعاه على رجل، وصورته: أن يقول لصاحب اليد: إن هذا الرجل -وأشار إلى غير صاحب اليد- اشترى هذه الدار من فلان بكذا [وقبضها](١)، ونقد الثمن، وأنا شفيعها، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا أودعها إياه، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب؛ لأن صاحب اليد ههنا انتصب خصمًا بحكم ظاهر اليد، لا بدعوى الفعل عليه، وفي

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

مثل هذا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثباته أن يده يد وديعة .

١٣٣٤٧ - وإذا وقع الشراء بالجياد ، ونقد المشتري الزيوف ، فالشفيع يأخذ بالجياد ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بما وقع الشراء به ، والشراء وقع بالجياد .

وفي "واقعات الناطفي" : إذا وقع الشراء بما هو من ذوات الأمثال ، فالشفيع يأخذ بمثله ، وإذا وقع بما هو من ذوات القيمة ، فالشفيع يأخذ بقيمة ذلك الشيء ، ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة -والله أعلم-

الفصل السادس

في الدار إذا بيعت ولها شفعاء

١٣٣٤٨ - إذا كان للدار شفيعان، فسلم أحدهما، فإن كان قبل قضاء القاضي بالشفعة بينهما نصفين، أخذ الرجل الآخر كل الدار، أو يترك، ليس له غير ذلك.

يجب أن يعلم بأن الشفعاء إذا اجتمعوا، فحق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابت في جميع الدار حتى إنه لو كان للدار شفيعان، سلم أحدهما الشفعة قبل الأخذ، وقبل القضاء، كان للآخر أن يأخذ الكل؛ لأن قبل الاستيفاء والقضاء وجد في حق كل واحد منهما سبب ثبوت حق الشفعة في كل الدار، وأمكن الجمع بينهما؛ لأن الجمع بينهما ليس إلا الجمع بين حقين في عين واحد فصلا تقديره أن أحدهما متى ترك، يأخذ الآخر الكل، فهذا جائز، كما لو رهن داره من رجلين، فإنه يصير راهنًا كل العين من كل واحد منهما بجميع دينه، حتى لو قضى دين أحدهما، كان للآخر أن يحبس الكل بدينه، وبعد الاستيفاء أو بعد القضاء يبطل حق كل واحد منهما عما قضى لصاحبه، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان، وقضى القاضي بالدار بينهما، ثم سلم أحدهما نصيبه، لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه، وهذا لأن القاضي لما قضى بالدار بينهما، صار كل واحد منهما مقضيًا عليه من جهة صاحبه عما قضى به لصاحبه، فبطل شفعته فيما قضى به لصاحبه ضرورة.

١٣٣٤٩ - وإذا كان بعض الشفعاء أقوى من البعض، فقضى القاضي بالشفعة للأقوى، بطل حق الضعيف، حتى إنه إذا اجتمع الشريك والجار، وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء له، كان للجار أن يأخذ بالشفعة للشريك، ولو قضى القاضي بالدار للشريك، ثم سلم الشريك الشفعة](١)، فلا شفعة للجار.

١٣٣٥٠ - وإذا حضر بعض الشفعاء، وغاب البعض، فللشفيع الحاضر أن يأخذ

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من م، ز، ب.

كل الدار؛ لأن حق الحاضر في كل الدار ثبت بصفة التأكد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب، وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر، وحق الغائب لم يتأكد بعد، والحق المتأكد لا يزاحمه الحق غير المتأكد، ومتى وقع الاستيفاء من الحاضرين، فإنه يبطل من حق الغائب ما كان يبطل لو كان حاضراً، أما الزيادة فلا، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان، أحدهما حاضر، والآخر غائب، وقضى القاضي للحاضر بكل الدار، كان له أن يأخذ النصف.

وإذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض، لم يصح الجعل، وسقط حقه، وقسمت على عدد من بقي؛ لأن نقل الحق في الشفعة لا يستقيم لما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ولكن سقط حقه بدلالة الإعراض، فبقي حق الباقين.

١٣٣٥٦ - وإذا قضى القاضي للحاضر بكل الدار، ثم حضر آخر، وقضى له بالنصف، ثم حضر آخر، فقضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما حتى يصير مستوياً لهم، فإن قال الذي قضي له بكل الدار للثاني: أنا أسلم الكل، فإما أن تأخذ الكل أو تدع، فليس له ذلك، وللثاني أن يأخذ النصف، هكذا ذكر القدوري.

ولو كان الشفيع الحاضر لم يأخذ الدار من المشتري بالشفعة، ولكن اشترى الدار منه، ثم حضر الغائب، فإن شاء أخذ الدار [(١) كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ نصفها بالبيع الثاني، أما بالبيع الأول فلأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة لما أقدم على الشراء، وخرج من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل، وأما بالبيع الثاني فلأن شريك المشتري أعرض عن الشفعة، حيث أقدم على الشراء، ومع الإعراض لا يثبت له حق الشفعة، فخرج هو من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة في البيع الثاني إنما يثبت بعد تمام البيع الثاني، فلا يبطل بالإعراض قبله، والجواب: هو معرض بالشراء الثاني، فلا يثبت له بسبب هذا الشراء هذا الحق مع تضمن هذا الشراء الإعراض(٢)، بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراءه لم يتضمن إعراضاً؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ح و م وب.

(٢) وفي م: للإعراض.

ولو كان المشتري الأول شفيعًا للدار، فاشتراها من الشفيع الحاضر منه، ثم قدم
الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ لأن
المشتري الأول لم يثبت له حق قبل الشراء، حتى يكون بشرائه معرضًا عنه، فبقي هو
شفيعًا بالبيع الأول، فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما البيع الثاني
فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع الأول، وهذا المشتري سقط حقه عن البيع
الأول، ولم يتعلق بعقده حق مع كونه معرضًا، فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع
الثاني.

الفصل السابع
في إنكار المشتري جوار الشفيع وما يتصل به

١٣٣٥٢ - في "المنتقى": قال هشام: سألت محمداً عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار في يديه يزعم أنها له، فقال المشتري: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرني أن أبا حنيفة كان يقول: على الشفيع البينة، يعني القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يقم البينة أن الدار التي في يديه داره، وقال أبو يوسف: إذا كان في يديه فله الشفعة بها. قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك؟ قال: القياس ما قاله أبو حنيفة.

وفي "الأجناس": بين كيفية الشهادة، فقال: ينبغي أن يشهدوا أن هذه الدار التي بجوار الدار المشفوعة ملك هذا الشفيع قبل أن يشتري هذا المشتري هذه الدار، وهي له إلى هذه الساعة، لا نعلمها خرجت عن ملكه، ولو قالا: إن هذه الدار لهذا الجار، لا يكفي.

وفي "الظهيرية": ولو شهدوا أن الشفيع كان اشترى هذه الدار من فلان، وهي في يده، أو وهب منه، وقبضها، فذلك يكفي.

فلو أراد الشفيع أن يحلف المشتري بالله، فله ذلك، ذكر هذا التصريح في "واقعات الناطفي"؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، بعد هذا قال محمد: يحلف على البتات. وقال أبو يوسف: يحلف على العلم بالله ما نعلم أن هذه الدار ملك فلان؛ لأن هذا تحليف على ملك دار ليست في يديه، وبه أخذ الصدر الشهيد.

في "المنتقى" أيضاً: ابن سماعة في نوادره: عن أبي يوسف في رجل في يديه دار، فقدم رجل بينة أن هذه الدار كانت في يد والده، وأن والده مات وهذه الدار في يديه، قال: أجعلها للذي أقام البينة، فإن جاء الذي يطلب الشفعة بدار إلى جنبها لم أقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على ذلك.

١٣٣٥٣ - في آخر الباب الأول من "المنتقى": دار في يدي رجل أقر أنها لآخر،

فيبعث إلى جنب داره، وجاء المقر له بطلب الشفعة بإقراره الذي أقر له به، فلا شفعة له فيها حتى يقيم البينة أن الدار داره.

وفي الباب الثالث منه: رجل اشترى داراً، ولها شفيع، فأقر الشفيع أن داره التي بها الشفعة لآخر، فإن سكت عن الشفعة، ولم يطلبها بعد، فلا شفعة للمقر له، وإن كان طلب الشفعة، فللمقر له الشفعة؛ لأن في الوجه الأول الشفيع يريد أن يوجد بإقراره حقاً لم يكن، ولا كذلك في الوجه الثاني.

قد ذكرنا في الفصول المتقدمة أن الشريك فيما تحت الحائط من الأرض أولى بشفعة بقية الدار من الجار، فإن جاء صاحب الدار أقر أن الحائط بينه وبين هذا الرجل، لم أجعل له بهذا شفعة، بمنزلة دار في يدي رجل أقر أنها لآخر، فإنه لا يستحق المقر له بهذا الإقرار الشفعة، كذا ههنا.

وذكر الخصاف في إسقاط الشفعة أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشتري، ثم باع منه بقية الدار، فالجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشتري شريك بالسهم المقر به، وكان أبو بكر الخوارزمي يخطئ الخصاف في هذا، ويفتي بوجوب الشفعة للجار؛ لأن الشركة لا تثبت إلا بإقراره، وكان يستدل بمسألة الحائط - والله أعلم -.

أخذها الشفيع بذلك. معنى المسألة إذا انهدم البناء وبقي النقض على حاله، وهذا لأن حق الشفيع في البناء تبعاً، وقد زال ذلك الحق عن البناء بالهدم والانهدام؛ لأنه صار نقلياً، فمتى قلت: إن الشفيع يأخذ الأرض بجميع الثمن يبقى بعض المبيع في يد المشتري بلا ثمن، وهذا لا يجوز، إلا أنه إذا انهدم بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً، وإذا انهدم بنفسه، يقسم الثمن على قيمته مهدوماً؛ لأن بالهدم دخل في ضمان الهادم، فيعتبر القيمة على الوصف الذي دخل في ضمانه، وبالانهدام لم يدخل في ضمان أحد، فيعتبر قيمته على الحالة التي هو عليها مهدوماً، حتى إنه إذا كان قيمة الساحة خمسمائة، وقيمة البناء خمسمائة، فانهدم البناء، وبقي النقض، وهو يساوي ثلاثمائة، فالثمن يقسم على قيمة الساحة خمسمائة، وعلى قيمة النقض ثلاثمائة أثماناً، فيأخذ الشفيع الساحة بخمسمائة أثمان الثمن، ولو احترق البناء، أو ذهب به السيل [ولم يبق شيء من النقض، يأخذ الشفيع الساحة بجميع الثمن؛ لأنه لم يبق في يد المشتري شيء له ثمن، ولو انهدم البناء، أخذ الشفيع ما بقي بحصته من الثمن، بخلاف ما لو احترق البناء، أو ذهب به السيل](١).

ولو لم يهدم المشتري البناء، ولكن باعه من غيره من غير أرض، ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض البيع، أو يأخذ الكل؛ لأنه ما دام متصلاً فحق الشفيع متصل به، فكان له إبطال تصرف المشتري، وكذلك النبت والنخل في الأرض والثمر والنخل الموجود وقت البيع ما لم يزايل الأرض، فالشفيع أولى به بالثمن الأول، وما زايل الأرض بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي، يقسم الثمن على قيمته صحيحاً، وعلى قيمة الأرض، وإن زايل الأرض لا بفعل أحد ولم يهلك، يعتبر قيمته ساقطاً، وإن هلك الثمر من غير صنع أحد، ولم يبق منه شيء، سقط حصته من الثمن، بخلاف البناء؛ لأن الثمر مبيع مقصوداً، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع إلا بتسميته، فثبت له الحصة لا محالة، أما البناء تبع، فلا تثبت له الحصة إلا إذا صار مقصوداً.

١٣٣٤٦ - وإذا جعل المشتري الدار المشتراة مسجداً، أو مقبرة، ثم حضر الشفيع، قضي له بالشفعة، وله أن ينقض المسجد، وينبش الموتى.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من "ط" و "م".

يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح إلى أن يحكم بالشفعة للشفيع، وله أن يبيع، وأن يؤاجر، ويطيب له الثمن والأجر، وكذا له أن يهدم، وما أشبه ذلك من التصرفات؛ لأن نفاذ التصرف وإطلاقه يعتمد الملك، وأنه ثابت للمشتري، وإنما الثابت للشفيع حق الأخذ، فقبل الأخذ لا حق له في المحل أصلاً، فلهذا تجوز تصرفاته، ويطلق فيها، غير أن للشفيع أن ينقض كل تصرف إلا القبض، وما كان من تمام القبض، ألا يرى أن الشفيع لو أراد أن ينقض قبض المشتري ليعيد الدار إلى يد البائع، ويأخذها منه، لا يكون له ذلك، وكذلك لا يملك نقض قسمة المشتري، حتى إن من اشترى نصف دار غير مقسوم، وقاسم المشتري البائع، ثم حضر الشفيع، ليس له أن ينقض قسمته، سواء كانت القسمة بحكم، أو بغير حكم؛ لأن القسمة من تمام القبض، لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص.

وذكر في "واقعات الناطفي": أن القسمة إذا كانت بحكم، ففي نقض القسمة عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه روايتان، قال الصدر الشهيد في "واقعاته": والمختار أنه لا ينقض، وإنما جاء الفرق بين القسمة والقبض وسائر التصرفات؛ لأنه ليس في القبض والقسمة إبطال حق الشفيع [لأن حق الشفيع في الأخذ بمثل الثمن الأول، وبعد القبض والقسمة يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول. فأما في سائر التصرفات إبطال حق الشفيع][1]؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشتري الأول إلا بعد إعادته إلى ملك المشتري الأول، ولا يمكنه إعادته إلى ملك المشتري الأول إلا بنقض تصرفاته.

ذكر القدوري في شرحه: روي عن أبي حنيفة: أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذي أصاب المشتري إذا وقع في جانب الدار المشفوع بها؛ لأنه إذا وقع في غير جانبه، وليس له نقض القسمة، لا يكون جاراً، فلا يستحق الشفعة.

١٣٣٥٧- وفي "القدوري": الدار إذا كانت مشتركة بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل، وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع، ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض القسمة.

في "المنتقى": رجلان اشتريا داراً، وهما شفيعان، ولها شفيع ثالث، فاقتسماها،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و"م".

ثم جاء الثالث، فله أن ينقض القسمة، اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء.

١٣٣٥٨ - وفي "فتاوى الفضلي": رجل اشترى أرضاً قيمتها مائة بمائة، ورفع منها التراب، وباعه بمائة، ثم جاء الشفيع، وطلب الشفعة، أخذ الأرض بنصف المائة، وهو خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب، وعلى قيمة التراب الذي باعه، وقيمتها سواء، فيقسم الثمن عليهما نصفين.

١٣٣٥٩ - ولو كبس المشتري الأرض، فأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع، ثم حضر الشفيع، يقال للمشتري: ارفع عنها ما أحدثت؛ لأن ذلك ملك المشتري، ثم الجواب كما وصفنا من قبل، وفي "الكيسانيات" منع المشتري عن هدم البناء، وحفر البئر ونحوه.

١٣٣٦٠ - وفي "القدوري": لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع، وقاسمه بأمر القاضي، ثم حضر الشفيع، ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري، فإن هذا لا يبطل شفعة الشفيع؛ لأن القسمة تصرف من المشتري، فلا يبطل بها حق الشفيع، ولو كان البائع باع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى، ثم طلب الشفيع، فإن قضى بالأخيرة، جعلها بينهما، يعني بين المشتري الأول وبين الشفيع؛ لأنهما جاران لهذه البقعة، وقضى بالأولى للمشتري الأول، وإن بدأ: فقضى بالأولى للشفيع، قضى بالأخيرة له أيضاً؛ لأنه لم يبق للمشتري الأول حق يأخذ به الشفعة.

١٣٣٦١ - في "المنتقى": رجل اشترى من رجل داراً بألف، وباعه من رجل بألفين، فعلم الشفيع بالبيع الثاني، ولم يعلم بالبيع الأول، فخاصم فيها، وأخذها بالشفعة الثاني بحكم أو بغير حكم، ثم علم بالبيع الأول، ليس له أن ينقض أخذه الأول، وقد بطلت شفعته في البيع الأول.

وكذلك لو باعها صاحبها من رجل بألف درهم، ثم إن المشتري ناقضه البيع فيها وردها، ثم إن الشفيع اشتراها من ربها بألفين، وهو لا يعلم بيعها، أي الدار إياها قبل ذلك، ثم علم به، لم يكن له أن ينقض شراءه.

١٣٣٦٢ - في "الأصل": اشترى الرجل داراً انهدم بناءها، ثم بنى فأعظم النفقة، فإن الشفيع يأخذها بالشفعة، ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء الذي كان فيها يوم

الفصل التاسع
في تسليم الشفعة

١٣٣٦٣ - تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح ، وبعده صحيح ، علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم ، وعلم من أسقط إليه هذا الحق ، أو لم يعلم ؛ لأن تسليم الشفعة حق ، ألا يرى أنه يصح من غير قبول ، ولا يرتد بالرد ، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق ، أما لا يعتمد على علم المسقط ، ولا علم المسقط إليه ، كالعتاق والطلاق .

١٣٣٦٤ - ثم تسليم الشفعة لا يخلو من ثلاثة أوجه . إما إن سلم الشفعة على مال سوى الدار التي وجب فيها الشفعة ، وفي هذا الوجه التسليم جائز ، والمال لا يجب ؛ لأن هذا اعتياض عن حق التملك ؛ لأنه لا حق للشفيع في الدار ، وإنما له حق أن يأخذ الدار ، فالاعتياض عن مجرد حق التملك لا يجوز ، ولأن حق الشفعة أمر عرف بخلاف القياس ، فلا يظهر ثبوته في حق جواز الاعتياض عنه .

١٣٣٦٥ - وإما إن سلم الشفعة على أن يأخذ ثلثًا ، أو نصفًا منها ، وفي هذا الوجه التسليم جائز ، وهذا ظاهر ، والأخذ جائز أيضًا ؛ لأنه أخذ شيئًا معلومًا من الدار ، وهو النصف أو الثلث بثمن معلوم ؛ لأن ثمن نصف الدار ، أو ثلثه معلوم بيقين ، فيكون أخذ هذا النصف بحكم الشفعة ، لا بحكم شراء مبتدأ بدليل ما ذكر في الكتاب : لو كان لهذه الدار جار ، أخذ الجار منه نصف هذا النصف ، ولو كان هذا تسليمًا في كل الدار ، وأخذ الثلث أو النصف بشراء مبتدأ ، لكان الجار أولى بكل هذا النصف .

١٣٣٦٦ - وأما إن سلم الشفعة على أن يأخذ من الدار بيتًا بعينه ، وفي هذا الوجه التسليم جائز ، والصلح باطل ، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك . أو يدع ؛ لأن الأخذ حصل بثمن مجهول ؛ لأن ثمن بيت منها مجهول ؛ لأنه إنما يعرف ثمن بيت منها بالحزر والظن بأن يقسم الثمن على قيمة البيت وعلى قيمة الدار ، والناس يتفاوتون في ذلك .

فإن قيل : أليس أنه لو اشترى دارًا بعبد ، فالشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد ، وقيمة

العبد تعرف بالحزر والظن؟

قلنا: قضية القياس أن لا يأخذ الدار بقيمة العبد، إلا أنا تركنا القياس لضرورة؛ لأن بيع الدار بالعبد قد صح؛ لأنه بيع ما هو معلوم بثمن معلوم، وإذا صح البيع، وجبت الشفعة، ولا يمكن الأخذ إلا بقيمة العبد، أوجبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة، ومثل هذه الضرورة لا يتأتى ههنا؛ لأن أخذ البيت بثمن معلوم ممكن للشفيع، وليس إذا سقط اعتبار الجهالة لضرورة ما يدل على أنه يسقط اعتبارها بغير ضرورة، وإذا بطل الصلح بطل التسليم، وكان الشفيع على شفعته.

فرق بين هذا وبين ما إذا سلم الشفعة على مال آخر حتى لم يجب المال، كان التسليم جائزاً. وههنا قال: التسليم لا يصح، والعوض المسمى لم يسلم للشفيع في المسألتين.

والفرق: أن تسليم الشفعة على مال لا جواز له بحال، فكان ذكر المال، ولا ذكره بمنزلة.

١٢٣٦٧ - ولو سلم الشفعة، ولم يذكر مالاً يصلح التسليم، كذا ههنا: أما تسليم البعض، وأخذ البعض جائز بحال، وهو أن يكون المأخوذ معلوماً، فلا يصير ذكر العوض ولا ذكره سواء، فيجب اعتبار العوض، فإذا لم يسلم له العوض، يبقى على حقه، وإذا وهب الشفيع الشفعة، أو باعها من إنسان، لا يكون تسليماً، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند"؛ لأن البيع لم يصادف محله أصلاً، فلغى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الشفعة قبيل باب الشهادة: إذا باع الشفعة، كان ذلك تسليماً للشفعة، ولا يجب المال، فإن قال: حق الشفعة لا يحتمل البيع؛ لأن البيع تمليك، وحق الشفعة لا يقبل التمليك، فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازاً، كبيع الزوج زوجته من نفسها، وهو الصحيح.

١٢٣٦٨ - وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في شفعة "الجامع" ما يدل عليه، وسيأتي بعد هذا في الصفحة التي تلي هذه الصفحة -إن شاء الله تعالى-: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم زاد البائع بعد ذلك في المبيع عبداً أو أمة، كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل

مما عليه الشفيع.

في الباب الأول من شفعة الواقعات : وفي هذا الباب أيضًا. إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم حط البائع من الثمن شيئًا، فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فصار كما لو أخبر بالبيع بألف، فسلم، فإذا البيع بخمسمائة.

إذا قال الشفيع: سلمت شفعة هذه الدار، كان تسليمًا صحيحًا، وإن لم يعين أحدًا، وكذلك لو قال للبائع: سلمت لك شفعة هذه الدار، والدار في يد البائع، ولو قال: ذلك للبائع [بعدما سلم الدار إلى المشتري، لا يصح التسليم قياسًا؛ لأن قبل التسليم إلى المشتري إنما صح تسليم الشفعة للبائع][1]؛ لأن للشفيع حق أخذ الشفعة من البائع، وهذا المعنى لا يتأتى بعد التسليم إلى المشتري، وفي الاستحسان: يصح التسليم، ويكون في معنى قوله للبائع: سلمت لك بسببك ولأجلك.

وكذلك إذا كان اشترى وكيلًا من جهة غيره بشراء الدار، فقال الشفيع: سلمت شفعة هذه الدار، ولم يعين أحدًا، كان تسليمًا صحيحًا، وكذلك لو قال للوكيل: سلمت لك شفعة هذه الدار، والدار في يد الوكيل، صح التسليم قياسًا واستحسانًا.

ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار إلى الموكل، صح التسليم استحسانًا؛ لأن الوكيل بالشراء في حق من الحقوق كالمشتري لنفسه، ثم كالبائع من موكله. ولو سلم الشفيع الشفعة للبائع، كان الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا، فكذلك ههنا.

١٢٣٦٩ - وإذا قال أجنبي لشفيع الدار: سلم شفعة هذه الدار للآمر، أو قال: لهذا المشتري، فقال الشفيع: [[2] سلمتها لك، أو قال: وهبتها لك، أو قال: أعرضت عنها لك، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر والمشتري استحسانًا؛ لأن كلام الشفيع خرج على وجه الجواب، فيتضمن إعادة ما في السؤال، وصار تقدير كلام الشفيع: سلمتها للآمر سلمتها لهذا المشتري، وقوله: لك: معناه: لأجلك وبسببك.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بخلاف ما لو قال الشفيع ذلك للأجنبي ابتداء حيث لا يكون تسليمًا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل ذلك تسليمًا للآمر ليصح إسقاطًا، فلو صح صح تمليكًا من الأجنبي، ولا وجه إليه. ثم في الفصل الأول ذكر من جملة الألفاظ: إذا قال الشفيع: وهبتها لك، وذكر أنه تسليم للشفعة، فتصير هذه المسألة حجة لشمس الأئمة السرخسي في مسألة بيع الشفعة التي تقدم ذكرها.

١٣٣٧٠- إذا قال أجنبي للشفيع: أسلمتك مني كذا على أن تسلم الشفعة، فسلم، كان التسليم صحيحًا، ولا يجب المال، ولو قال: أصالحك على كذا على أن تكون الشفعة لي، كان الصلح باطلاً، وهو على شفعته. والفرق: أن في المسألة الأولى الشفيع سلم الشفعة صريحًا بالمال، وتسليم الشفعة بالمال صحيح، وإن لم يجب المال، وفي هذه المسألة ما سلم الشفعة، بل أقام الشفيع مقام نفسه في الشفعة، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذ بقي له الشفعة إذا قال للبائع: سلمت لك بيع هذه الدار، أو قال للمشتري: سلمت لك شراء هذه الدار، فهو تسليم صحيح؛ لأن تسليمه ينصرف إلى ما هو حقه؛ لأن ما ليس بحق له، فهو مسلم للبائع والمشتري بدون تسليمه، وحقه في هذا البيع والشراء الشفعة، وصار تقدير كلامه: سلمت لك شفعة هذه الدار.

١٣٣٧١- إذا كان المشتري وكيلاً من غيره بالشراء، فقال له الشفيع: سلمت لك شفعة [هذه الدار خاصة دون غيرك، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر، ولو قال: سلمتها لك إن كنت اشتريتها](1) لنفسك، لا يكون تسليمًا. وكذلك لو قال الشفيع للبائع: سلمت لك الشفعة إن كنت بعتها من فلان لنفسك، وقد باعها لغيره، لم يكن ذلك تسليمًا، هذه الجملة في الباب الأول من شفعة الحاوي.

١٣٣٧٢- في "فتاوى الفقيه أبي الليث": إذا قال الشفيع للمشتري: سلمت لك شفعة هذه الدار، فإذا هو قد اشتراها لغيره، فهو على شفعته؛ لأنه رضي بالتسليم إليه لا إلى الموكل.

وفي "فتاوى الفضلي": أن هذا تسليم للآمر، والمختار المذكور في "فتاوى الفقيه

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أبي الليث". هكذا ذكر الصدر الشهيد.

وفي "الحاوي": إذا قال المشتري: اشتريت لنفسي، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ظهر أنه اشتراها لغيره، قال محمد: تبطل شفعته، وقال أبو حنيفة: لا تبطل.

الفصل العاشر
في الشفيع إذا أخبر بالبيع، فسلم ثم يعلم أن البيع كان بخلافه

١٣٣٧٣- إذا أخبر الشفيع أن المشتري فلان، فسلم الشفعة، فإذا المشتري غيره، فهو على شفعته؛ لأنه رضي بجوار شخص معين، فلا يكون راضيًا بجوار غيره، ولأنه سلم شفعة عقد لم ينعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة زيد، وزيد لم ينعقد عقده، فلم يصح تسليمه، ولو كان المشتري فلانًا ذلك، ومعه غيره، بطلت شفعته في نصيب الذي سمى، وأخذ نصيب غيره، ألا يرى أنه لو سلم، وكان عالمًا بالشركاء الآخر، لم يكن تسليمًا للشركاء الآخر، فهذا لم يعلم أولى.

ولو أخبر أن الثمن ألف، فإذا الثمن أقل من ذلك، فهو على شفعته، ولو كان الثمن ألفًا، أو أكثر، فلا شفعة له؛ لأن الرضا بالتسليم بالألف لا يكون رضا بالتسليم بخمسمائة، أما الرضا بتسليم بألف رضا بالتسليم بأكثر من الألف.

١٣٣٧٤- ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال أو يوزن، فسلم الشفعة، فإذا الثمن صنف آخر مما يكال أو يوزن، فهو على شفعته على كل حال، سواء كان ما ظهر مثل ما أخبر به، أو أقل، أو أكثر من حيث القيمة؛ لأن الشراء وقع بالمكيل أو الموزون؛ فالشفيع يأخذ بمثله من جنسه، لا بالقيمة؛ وقد يتيسر على الإنسان أداء جنس ويتعسر عليه أداء جنس آخر.

١٣٣٧٥- ولو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم، فسلم، ثم ظهر أنه كان مكيلًا، أو موزونًا، فهو على شفعته. هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه، فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم، فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون، فهو على شفعته على كل حال.

١٣٣٧٦- ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم، فسلم، ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم، بأن أخبر أن الثمن دار، فإذا الثمن عبد، فجواب محمد في الكتاب أنه

على شفعته من غير فصل. قال شيخ الإسلام: هذا الجواب صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، غير صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر، أو أكثر؛ لأن الثمن إذا كان شيء من ذوات القيم، فالشفيع إنما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم، أو دنانير، فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم، أو مائة دينار، فسلم، ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر، أو أكثر، كان التسليم صحيحاً، ولا شفعة له، ولو ظهر أنه أقل مما أخبر، كان على شفعته، كذا ههنا.

١٣٣٧٧-ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم، ثم ظهر أن الثمن دراهم، أو دنانير، فجواب محمد أنه على شفعته من غير فصل، وبعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، أما إذا كان مثل قيمة ما أخبر، أو أكثر، فلا شفعة له، ومنهم من قال: هذا الجواب صحيح على الإطلاق، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبوناً في ذلك؛ لأن تقويم الشيء بالظن يكون، فإنما سلم حتى لا يصير مغبوناً، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهم.

١٣٣٧٨-ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف، وظهر أن قيمته أقل من الألف، فله الشفعة، وإن ظهر أن قيمته ألف أو أكثر، فلا شفعة.

١٣٣٧٩-ولو أخبر أن الثمن ألف، فسلم، ثم ظهر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم، فلا شفعة له إلا إذا كان قيمة الشيء أقل من ألف درهم، هكذا ذكر في "شرح القدوري".

وهذه المسألة تؤيد قول المشايخ فيما إذا أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم، فإذا هو من ذوات القيم، ولكن من صنف آخر.

١٣٣٨٠-ولو أخبر أن الثمن ألف درهم، فإذا الثمن مائة دينار، فلا شفعة له، إلا أن يكون قيمة الدينار أقل من الألف، هكذا ذكر القدوري في كتابه، وجعل الجواب فيه كالجواب فيما إذا ظهر أن الثمن دراهم.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: وهو قول أبي يوسف، قال: وروي عن زفر أنه على شفعته على كل حال، وهو قول أبي حنيفة، وجعل الجواب فيه كالجواب في

الحنطة والشعير، قالوا: ما ذكره أبو حنيفة وزفر قياس، وما ذكره أبو يوسف استحسان، وجه قول أبي يوسف: إن الدراهم والدنانير اعتبرا جنساً واحداً في أكثر الإيجابات حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره على البيع بالدراهم مكره على البيع بالدنانير، وإذا باع شيئاً بالدراهم، ثم اشتراه بأقل مما باع بالدنانير، لا يجوز، كما لو اشترى بالدراهم، ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون، وحقه في الدراهم، له أن يأخذه، ومال المضاربة إذا صار دنانير، عمل نهي رب المال فيه، كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وفي حق الإجارة حتى إذا استأجر بعشرة، ثم أجر بدينار طاب له، وإن كان قيمة الدينار وأكثر من عشرة دراهم، كما لو أجره بشعير، وقد استأجر بحنطة، فترجح ما يوجب المجانسة بحكم الكثرة، وكان التسليم بالدراهم تسليماً بالدنانير إذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم، أو أكثر، وأبو حنيفة يقول: الدراهم والدنانير اعتبرا جنسين [مختلفين في الأخبار، حتى إن الإكراه على الإقرار بالدراهم لا يكون إكراهاً على الإقرار بالدنانير، وفي بعض الإيجابات اعتبرا جنساً واحداً، وفي الإضافات اعتبرا جنسين](1) مختلفين، وفي مسألتنا إخبار وإيجاب؛ لأن تسليم الشفعة إن كان إيجاباً، إلا أن التسليم بناء على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا، فإذا في أحد النوعين -وهو الإخبار- اعتبرا جنسين متخالفين، وفي النوع الآخر -وهو الإيجاب- اعتبرا جنسين مختلفين في حق بعض الأحكام، فترجح ما يوجب اختلاف الجنس، فصار كالحنطة مع الشعير.

١٣٣٨١- ولو أخبر بشراء نصف الدار، فسلم، ثم ظهر أن المشتري اشترى الكل، فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الكل، فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة له. قال شيخ الإسلام في شرحه: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف [فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف](2)، ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسمائة، يكون على شفعته.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبته من ظ، م، ب.

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من الفتاوى الهندية (٥/١٨٢)، وهي زيادة لازمة، وهي ساقطة من جميع نسخ المحيط التي عندنا.

ومما يتعلق بمسائل الإخبار:

١٣٣٨٢ - إذا أخبر الشفيع بالشراء، فإن كان المخبر هو المشتري، ثبت الشراء بخبره، سواء كان عدلاً أو لم يكن، رواه الحسن عن أبي حنيفة، حتى لو سكت بعد إخبار المشتري، ولم يطلب الشفعة، بطلت شفعته؛ لأنه خصم في هذا، والعدالة غير معتبرة في الخصوم. وإن كان المخبر غيره، ففي رواية محمد عن أبي حنيفة: لا يثبت الشراء حتى يخبر بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان، وفي رواية الحسن عنه: لا يثبت الشراء حتى يخبره بذلك رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: إذا أخبره واحد، ثبت الشراء بخبره، حراً كان المخبر أو عبداً، صبياً أو امرأة، إذا كان ذلك الخبر حقاً. وذكر الطحاوي في كتاب الوكالة: أن المخبر إن كان رسولاً، يثبت الشراء بخبره كيف ما كان المخبر، لكن بعد أن يبلغ الرسالة، وإن لم يكن المخبر رسولاً، وإنما أخبره من تلقاء نفسه، فإن كان المخبر رجلين عدلين أو غير عدلين، أو كان رجلاً واحداً عدلاً، فإنه يثبت الشراء، سواء صدقه الشفيع في ذلك، أو كذبه، إذا ظهر صدق الخبر، وإن كان المخبر رجلاً واحداً غير عدل، فإن صدقه الشفيع في ذلك، يثبت الشراء بخبره، وإن كذبه، لا يثبت الشراء بخبره، وإن ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة، وعندهما يثبت الشراء بخبره إذا ظهر صدق الخبر - والله أعلم -.

الفصل الحادي عشر

فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته

١٣٣٨٣- إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري، أو سأل منه أن يوليه إياه، أو استأجرها الشفيع من المشتري، أو أخذها مزارعة، أو معاملة، وذلك بعد العلم بالشراء، فهو تسليم للشفعة؛ لأن هذه المعاني دليل الإعراض، وكذلك لو قال المشتري للشفيع: أوليكها بكذا، فقال الشفيع: نعم؛ لأن قول الإنسان نعم في موضع الخطاب، يتضمن إعادة ما في الخطاب، فكأن الشفيع قال: ولني.

١٣٣٨٤- وفي "المنتقى": مساومة الشفيع بداره لا تبطل شفعته، معناه إذا ساومها بالبيع.

١٣٣٨٥- إذا قال الشفيع: سلمت نصف الشفعة؛ بطلت شفعته في الكل؛ لأن الشفعة لا تتجزأ في حق التسليم؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، هكذا ذكر في "الأصل".

١٣٣٨٦- وذكر في "القدوري": أن الشفيع إذا طلب نصف الدار بالشفعة، فهذا تسليم منه في الكل في قول محمد، إلا أن يكون طلب الكل، فلم يسلم المشتري، فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، أو قال: أعطني نصفها، وأسلم لك نصفها، فهذا لا يكون تسليماً، وقال أبو يوسف: لا يكون تسليماً على كل حال، وتبين بما ذكر "القدوري": أن ما ذكر في "الأصل" قول محمد.

١٣٣٨٧- وذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من "واقعاته": دار بيعت ولها شفيعان: أحدهما غائب، وطلب الحاضر نصف الدار على حسبان أنه لا يستحق إلا النصف، بطلت شفعته، وكذلك لو كانا حاضرين، وطلب كل واحد منهما نصف الدار، بطلت شفعة كل واحد منهما، ولم يحك خلافاً، وإنه قول محمد على ما ذكره "القدوري"، وذكر في الباب الثاني: أن الشفيع إذا قال: سلمت نصف هذه الدار

إذا أخبر الشفيع بالبيع ، فقال : من اشتراها ؟ وبكم اشتراها ؟ فلما أخبر بذلك ، قال : طلبت الشفعة ، صح طلبه .

في الباب الأول من شفعة "الواقعات" ، وكذلك إذا قال : الحمد لله ، أو قال : سبحان الله ، أو قال : الله أكبر ، أو عطس المشتري ، فشمته ، أو قال : خلصني الله من فلان ، أو قال : بكم باعها ، ومتى باعها ، لا تبطل شفعته . بعض هذه الألفاظ في "العيون" وبعضها في "شرح شمس الأئمة" .

١٣٣٩٢ - ولو قال الشفيع للمشتري : أنا شفيعك ، وأخذ الدار منك ، فلا شفعة له ؛ لأن قوله : أنا شفيعك كلام لا يحتاج إليه ، فصار كأنه قال : كيف أصبحت ، وكيف أمسيت .

في "فتاوى أهل سمرقند" : وكذلك إذا قال : الشفعة لي أطلبها ، أو آخذها ، بطلت شفعته ؛ لأن قوله : الشفعة لي غير محتاج إليه ، فصار كما لو سكت ساعة ، وعلى قياس ما روى ابن رستم في "نوادره" عن محمد : أنه إذا سكت هنيهة ، لا تبطل شفعته ، فلا تبطل ههنا أيضاً ، وكذلك هذا على قياس ما روى أن له مجلس العلم ، ينبغي أن لا تبطل شفعته ؛ لأن بهذا القدر لا يتبدل المجلس ، وكذلك لو قال : شفعة من اشترى أخواستم ، وبخواستم ، فهو على هذا .

وفي "نوادر أبي يوسف" رواية علي بن الجعد : إذا قال الشفيع للمشتري حين لقيه : كيف أصبحت ، وكيف أمسيت ، وسلم عليه ، لم تبطل شفعته ، ولو عرض حاجته عليه ، أو سأله عن حاجته ، تبطل شفعته .

١٣٣٩٣ - دار بيعت ، فقال البائع أو المشتري للشفيع : أبرأنا عن كل خصومة لك قبلنا ، ففعل ، وهو لا يعلم أنه يجب له قبلهما شفعة ، لا شفعة له في القضاء ، وله الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى إن كان بحال لو علم بذلك لا يبرئهم ؛ وهو نظير ما لو قال رجل لآخر : اجعلني في حل ، ولم يبين ما فيه ، فجعله في حل ، فإنه يصير في حل ، ولا يبقى له في القضاء شيء ، ويبقى فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان بحال لو علم بذلك الحق لا يبرئه .

في "فتاوى الفقيه أبي الليث" : إذا قال الشفيع للمشتري : شفعت من خواهم ،

يبطل شفعته، هكذا ذكر في "فتاوى أهل سمرقند"، وعلى قياس ما ذكرنا عن الفقيه أبي جعفر: أنه إذا طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة، ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان الشفيع من أهل قبيلة يطلبون الشفعة بهذ اللفظ: لا تبطل شفعته

إذا صلى بعد الظهر ركعتين، لا تبطل شفعته، وإن صلى أكثر من ذلك تبطل شفعته، وإذا صلى بعد الجمعة أربع ركعات، لا تبطل شفعته، وإن صلى أكثر من ذلك، تبطل شفعته؛ لأن الأكثر ليس بمسنون، فلا يصير عذراً.

١٣٣٩٤- في "فتاوى الفقيه أبي الليث" وفي "واقعات الناطفي": الشفيع إذا علم بالبيع وهو في التطوع، فجعلها أربعًا، أو ستًا، فعن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا تبطل شفعته.

قال الصدر الشهيد: والمختار أنه تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور، بخلاف ما إذا كان في الأربع قبل الظهر، فأتمها أربع؛ لأن الأربع مسنون، فكان معذوراً. والدليل على الفرق أنه لو طلب المواثبة، وترك طلب الإشهاد، وافتتح التطوع، تبطل شفعته.

ولو افتتح الركعتين بعد الظهر، أو الأربع بعد الجمعة، لا تبطل شفعته.

لما جعل كأنه اشترى مرة بألف، ومرة بألفين؛ فكان للشفيع أن يأخذ بالألف، ألا يرى أنه لو ثبت ذلك معاينة، أو بإقرار المشتري، بأن أقر المشتري مرة أنه اشترى بألف، وأقر مرة أخرى أنه اشترى بألفين، كان للشفيع أن يأخذ بالألف.

ولا يقال: بأن العقدين إذا ثبتا بالمعاينة، أو بالإقرار، يجعل كل واحد منهما ثابتًا في حق الشفيع، أما إذا ثبت العقد بالألفين بالبينة، لا يعتبر العقد بالألف ثابتًا في حق الشفيع، ويجعل العقد بالألفين ناسخًا له، ألا ترى أن المشتري لو أقر بالشراء بألف، وأخذ الشفيع الدار منه بألف، ثم أقام البائع بينة أن البيع كان بألفين، كان للمشتري أن يرجع على الشفيع بالألف الأخرى؛ لأنا نقول: نعم! الأمر كما قلت؛ إلا أن ههنا العقد بالألفين لم يثبت بالبينة؛ لأن بينة المشتري على العقد بالألفين غير مقبولة؛ لأنه بهذه البينة لا يسقط اليمين عن نفسه؛ لأن اليمين عنه ساقط ببينة الشفيع، ألا ترى أن بعد ما أقام الشفيع البينة على الشراء بألف لا يحلف المشتري، وإن لم يكن للمشتري بينة، ولا يلزم بهذه البينة الشفيع زيادة الألف؛ لأن للشفيع أن يترك الأخذ بألفي درهم. وإذا لم تكن بينة المشتري مقبولة على البيع بألفين، كان البيع بألفين ثابتًا بإقرار المشتري، فلا ينفسخ به البيع بألف، فيجعل كلاهما ثابتًا في حق الشفيع، بخلاف ما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري؛ لأن هناك العقد بألفين فسخ للعقد بألف؛ لأن هناك العقد بألفين ثبت ببينة البائع؛ لأن بينة البائع على العقد بألفين مقبولة؛ لأن بهذه البينة يلزم المشتري الألف الزائدة، وبخلاف ما إذا اختلفوا جميعًا؛ لأن بينة البائع على الزيادة مقبولة؛ لأنها توجب الزيادة على المشتري، فكان البيع بالزيادة ثابتًا، فينفسخ البيع بما دونه في حق العاقد والشفيع.

وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا، فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البينة بينة الموكل، وفي ظاهر الرواية: البينة بينة الوكيل؛ لأن الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري، وقد ذكرنا الفرق ثمه.

الطريق الثاني: أن بينة الشفيع يلزم المشتري تسليم المشتري شاء، أو أبى، وبينة المشتري غير ملزمة، بل هو مخير بين الأخذ والترك، والبينات في الأصل شرعت للإلزام، فما كانت ملزمة كانت أولى بالقبول، بخلاف البائع مع المشتري؛ لأن هناك بينة كل واحد منهما ملزمة، وبخلاف الوكيل مع الموكل؛ لأن بينة كل واحد منهما ملزمة،

قاسموا من هذا الوجه، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة.

١٣٣٩٧ - اختلاف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن، جعلنا على وجهين: الأول: أن تكون الدار في يد البائع، وفي هذا الوجه يعلم إن كان ما قاله [البائع أقل مما قاله] المشتري فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بذلك من غير يمين على أحد، وإن كان ما قاله البائع أكثر مما قاله[1] تحالف مع المشتري وتحالفا، فبعد ذلك إن نكل البائع والشفيع يأخذه بألفين؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، فكأن البائع أقر بالبيع بألفين بعد ما ادعى البيع بثلاثة آلاف، وإن نكل المشتري لزمه ثلاثة آلاف درهم، والشفيع يأخذه بثلاثة آلاف إن شاء، وليس له أن يأخذه بألفي درهم، وإن أقر المشتري أن الشراء كان بألفي درهم؛ لأن النكول من المشتري في حق الشفيع بمنزلة بينة، كما أن النكول من الوكيل بالبيع إذا أراد المشتري أن يرده عليه بالعيب بمنزلة البينة. وسيأتي ذلك بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

ولو ثبت بالبينة أن البيع كان بثلاثة آلاف بعد ما أقر المشتري بالشراء بألفي درهم، أخذ الشفيع الدار بثلاثة آلاف درهم، وليس له أن يأخذها بألفي درهم بإقرار المشتري؛ لأنه صار مكذبا في إقراره كذا هنا.

وإن حلفا، وطلبا الفسخ من القاضي، أو طلب أحدهما ذلك، وفسخ القاضي العقد بينهما، فالشفيع يأخذها بما قاله البائع إن شاء، وفسخ القاضي مما لا يبطل حق الشفيع على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

الوجه الثاني: إذا كانت الدار في يد المشتري، والجواب فيه نظير الجواب فيما إذا كانت الدار في يد البائع، وإذا كانت الدار في يد المشتري، فقال البائع: بعتها إياه بألف درهم، واستوفيت الثمن، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قول البائع، ويأخذها الشفيع بألف درهم.

ولكن لو قال: بعتها منه، واستوفيت الثمن، وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، أخذها الشفيع بالألفين، والفرق أنه إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء، لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبق بعد استيفاء الثمن، وتسليم الدار إلى المشتري ذو حق

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

من هذا العقد، بل صار كالأجنبي، ولو أن أجنبياً بين مقدار الثمن، لا يصح بيانه، كذا ههنا.

وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن، لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء بعد ذلك؛ لأن في الإقرار بالاستيفاء ثبت للشفيع حق الأخذ بذلك المقدار، وبالإقرار بالاستيفاء يبطل ذلك الحق على الشفيع؛ لأن بالإقرار بالاستيفاء تبين أن بيان مقدار الثمن منه لم يصح؛ لأنه لم يبق ذو حظ من هذا العقد، فلم يصح الإقرار بالاستيفاء [صيانة لحق الشفيع وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء، بقي بيان مقدار الثمن صحيحاً؛ لأنه بين مقدار الثمن، وهو ذو حظ في هذا العقد، لأن له الاستيفاء][1] بحكم هذا العقد.

قال القدوري: روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن المبيع إذا كان في يد البائع، فأقر بقبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله.

١٣٣٩٨ - في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل داراً، ولها شفيعان، فأتاه أحدهما، وطلب شفعته، فقال المشتري: إني اشتريتها بألف، وصدقه الشفيع في ذلك، وأخذها بألف، ثم إن الشفيع الثاني جاء، وأقام بينة أن المشتري كان اشتراه بخمسمائة، فالشفيع الثاني يأخذ من الشفيع الأول نصفها، ويدفع إليه مائتي درهم وخمسين، ويرجع الشفيع الأول على المشتري بمائتين وخمسين، ويبقى في يد الشفيع الأول نصف الدار بخمسمائة؛ لأنه صدق المشتري على ما أخذها به.

وفيه أيضاً: رجل اشترى من رجل داراً، وقبضها، فجاء الشفيع، فطلب الشفعة، فقال المشتري: اشتريتها بألفين، وقال الشفيع: لا، بل اشتريت بألف، ولم يكن للشفيع بينة، وحلف المشتري على ما ذكر، وأخذ الشفيع بألفي درهم، ثم قدم شفيع آخر، وأقام بينة على الشفيع الأول أن البائع كان باع هذه الدار من فلان بألف، فإنما يأخذ نصف الدار بخمسمائة، ويرجع الشفيع الأول على المشتري بخمسمائة حصة النصف الذي أخذه الثاني، ويقال للشفيع الأول: إن شئت أعد البينة على المشتري من قبل النصف الذي في يديك، وإلا فلا شيء لك؛ لأن الشفيع الثاني إنما يستحق ببينته نصف الدار، هكذا ذكر

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ظ و ب وف.

في الكتاب، ومعنى المسألة أن الشفيع الأول لو قال للمشتري: إن الشفيع الثاني أثبت بالبينة أن الشراء كان بألف، فيكون بمقابلة النصف الذي في يدي خمسمائة، فلي أن أرجع عليك بخمسمائة، فليس له ذلك، إلا إذا أعاد البينة أن الشراء كان بألف كذا أشار إليه في الكتاب أن الشفيع الثاني إنما استحق ببينته نصف الدار، ومعناه أن بينة الشفيع الثاني إنما عمل في نصف الدار، فثبت الشراء بألف في حق ذلك النصف الذي استحقه الشفيع الثاني، لا في حق النصف الذي في يد الشفيع الأول، فيحتاج الشفيع الأول إلى إعادة البينة ليثبت الشراء بالألف في النصف الذي في يده، فيستحق الرجوع على المشتري بالخمسمائة الزائدة.

١٣٣٩٩ - في "القدوري": اتفق البائع والمشتري أن البيع كان بشرط الخيار للبائع، وأنكر الشفيع، فالقول قولهما في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، ولا شفعة للشفيع؛ لأن البيع ثبت بإقرارهما، وإنما ثبت على الوجه الذي أقرا به، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف القول قول الشفيع؛ لأن الأصل في البيع البتات، فكان الشفيع متمسكا بالأصل.

١٣٤٠٠ - وفي "الجامع": إذا ادعى البائع الخيار، وأنكر المشتري والشفيع، فالقول قول المشتري استحسانا؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، والبائع يدعي إحداث الشرط، والمشتري ينكر، وذكر في "النوادر": أن القول قول البائع وهو الصحيح، وكذا لو ادعى المشتري الخيار، وأنكر البائع والشفيع ذلك، فالقول قول البائع، ويأخذها الشفيع، كما قلنا.

١٣٤٠١ - في "فتاوى القاضي": رجلان تبايعا، فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما، فقال البائع: كان البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري على ذلك، لا يصدقان على الشفيع؛ لأنهما أقرا بأصل البيع، ويكون القول(١) لمن يدعي الجواز، إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة، وقد بيع بثمن لا يباع مثله بمثله، فحينئذ يكون القول قولهما، ولا شفعة للشفيع، ألا يرى أن في الوجه الأول لو اختلف البائع والمشتري في هذه الصورة، وقال البائع: بعت معاملة، وقال المشتري: اشتريت لا

---

(١) وفي ف: فيكون القول قول من يدعي الجواز.

معاملة، كان القول قول المشتري، وفي الوجه الثاني لو اختلفا كان القول قول البائع.

٢٤١٣٢ - في المنتقى: باع داراً من رجل، ثم إن المشتري والبائع تصادقا أن البيع كان فاسداً، وقال الشفيع: كان جائزاً، فالقول قول الشفيع، ولا أصدقهما على فساد البيع في حق الشفيع شيء، ولو ادعاه أحدهما وأنكر الآخر، جعل القول فيه قول الذي يدعي الصحة، وإذا زعما أن البيع كان فاسداً لشيء، أجعل القول فيه قول من يدعي الفساد، فإن أصدقهما، ولا أجعل للشفيع شفعة، يريد بهذا أن البائع مع المشتري إذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلف البائع والمشتري فيما بينهما في فساد العقد بذلك السبب، فالقول قول من يدعي الجواز، نحو أن يدعي أحدهما أجلاً فاسداً أو خياراً فاسداً، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب لا يصدقان على حق الشفيع [وإذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلفا فيما بينهما في فساد البيع بذلك السبب، كان القول قول من يدعي الفساد، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب يصدقان في حق الشفيع][1]، وبين ذلك في المنتقى فقال: لو أن المشتري قال للبائع: بعتنيها بألف درهم ورطل من خمر، فقال البائع: صدقت، لم أصدقهما على الشفيع، ولو قال: بعتنيها بخمر، وصدقه البائع، فلا شفعة للشفيع، هذا هو لفظ المنتقى، وجعل القدوري في كتابه المذكور في المنتقى قول أبي يوسف في إحدى الروايتين عنه، قال القدوري: لأن أبا يوسف على هذه الرواية يعتبر هذا الاختلاف بالاختلاف بين المتعاقدين.

٢٤١٣٣ - ولو اختلف المتعاقدان فيما بينهما، فقال المشتري: بعتنيها بألف درهم ورطل من خمر، وقال البائع: لا، بل بعتها بألف درهم، فالقول قول البائع، ولو قال المشتري: بعتنيها بخمر أو خنزير، فقال البائع: بعتها بألف درهم، فالقول قول البائع[2]، لأن البيع بالخمر لا يجوز بحال، وإنما يجعل القول قول من يدعي الجواز في عقد له جواز بحال، بخلاف البيع بأجل فاسد، أو بألف ورطل من خمر، فهذا على قول أبي حنيفة ومحمد، إذا اتفقا على الفساد، وكذبهما الشفيع، فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار للبائع، وكذبهما فيه الشفيع.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب.

١٣٤٠٤ - في "فتاوى الفضلي": رجل اشترى من رجل ضيعة عشرها بثمن كثير، وتسعة أعشارها بثمن قليل، فللشفيع الشفعة في البيع الأول، ولا شفعة له في البيع الثاني، وهو من جملة الحيل، وسيأتي ذلك في فصل الحيل لإبطال الشفعة -إن شاء الله تعالى- فإذا أراد الشفيع أن يحلف المشتري بالله ما أردت به إبطال شفعتي، لا يحلف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه.

ولو ادعى الشفيع أن البيع الأول كان تلجئة، وأراد أن يحلف المشتري بالله أن البيع الأول ما كان تلجئة، فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، وهو تأويل ما ذكرنا في كتاب الشفعة: أن الشفيع إذا أراد الاستحلاف أنه لم يرد به إبطال الشفعة أن له ذلك، إذا ادعى أن البيع كان بيع تلجئة، وقد ذكرنا في الفصل المتقدم أن المشتري إذا كان واقفاً مع ابنه، فسلم الشفيع على المشتري، لا يبطل شفعته، ولو سلم على ابنه، بطل، فإن سلم على أحدهما، بأن قال الشفيع: السلام عليك، ولم يدر على من سلم، سئل الشفيع أنه سلم على الأب أو على الابن، فإن قال: على الأب، لا تبطل شفعته، وإن قال: على الابن، تبطل شفعته، وإن اختلفا، فقال المشتري: سلمت على ابني، وقد بطلت شفعتك، وقال الشفيع: سلمت عليك، فالقول قول الشفيع؛ لأن حاصل اختلافهما في بطلان حق الشفيع، والمشتري يدعي عليه بطلان حقه، وهو ينكر.

١٣٤٠٥ - في "المنتقى": رجل اشترى داراً لابنه الصغير، وقبضها، ثم اختلف المشتري والشفيع في الثمن، قال: لا يحلف المشتري، وإن كان الأب بمنزلة الوكيل عن الولد.

وفي الدعوى من "الفتاوى": جاء الشفيع يخاصم المشتري، فأنكر الشراء، وأقر أن الدار لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع على شرائه، قال: لا يمين على المشتري؛ لأنه قد لزمه الإقرار لابنه، فلا يجوز الإقرار لغيره.

١٣٤٠٦ - في "الأجناس": إذا قال المشتري: اشتريت هذه الدار لابني الصغير، وأنكر شفعة الشفيع، فلا يمين على المشتري إن كان الشفيع أقر أن له ابناً صغيراً.

وفي "الواقعات": إذا قال الشفيع: إنما قال المشتري ذلك ليدفع اليمين عن نفسه، فحلفه أيها القاضي أنه ما اشتراها لنفسه، فلا يمين عليه، وإن أنكر الشفيع أن له ابناً يحلف

الشفيع بأنه ما تصدق أن له ابنًا صغيرًا، وإن كان الابن كبيرًا، وقد سلم الدار إليه، دفع عن نفسه الخصومة، وقبل تسليم الدار هو خصم للشفيع، ذكرها في «الأجناس».

١٣٤٠٧ - في «الأصل»: إذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، وهدم بناءها، أو حرقه، أو فعل ذلك رجل أجنبي حتى سقط عن الشفيع حصة البناء من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة البناء مبنيًا يوم اشتراها، فما أصاب الأرض أخذها بذلك. فإن اختلفا في قيمة البناء، فقال المشتري: كانت قيمة البناء ألف درهم، وسقط ثلثا الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن حاصل اختلافهما في ثمن العرصة، فالمشتري يقول: اشتريت العرصة بنصف الثمن، والشفيع يقول: اشتريت بثلث الثمن، فيكون القول قول المشتري مع يمينه، كما لو اختلفا في مقدار الثمن، لا في قيمة البناء، كان القول قول المشتري مع يمينه، على ما مر، كذا هنا، وأيهما أقام البينة قبلت بينته، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشتري في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فأبو يوسف مر على أصله، ومحمد فرق، وقال: إذا اختلفا في قدر قيمة البناء، وأقاما البينة، فالبينة بينة المشتري، وقال: إذا اختلفا في مقدار الثمن، وأقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع، ولم يذكر قول أبي حنيفة، قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة أن البينة بينة الشفيع كما لو اختلفا في مقدار الثمن، وأقاما البينة، وقال محمد: قياس قوله أن البينة بينة المشتري، بخلاف ما لو اختلفا في مقدار الثمن، وأقاما البينة.

١٣٤٠٨ - في «الأصل»: إذا اشترى الرجل دارًا من امرأة فلم يجد من يعرفها إلا من له الشفعة، فإن شهادتهم لا تجوز عليها إذا أنكرت الشراء، وكذلك إذا كان البائع رجلًا، وجحد البيع بعد ذلك، وشهد الشفيعان عليه بالبيع، لا تقبل شهادتهما، وهذا إذا كانا يطلبان الشفعة؛ لأنه إذا كان كذلك كانا جارين إلى أنفسهما مغنمًا بهذه الشهادة، وهو حق الشفعة؛ ولأنهما إذا طلبا الشفعة، فقد صارا خصمين؛ لأنهما أظهرا الخصومة بطلبهما الشفعة، وشهادة الخصم لا تقبل، فأما إذا سلما الشفعة، ثم شهدا بالبيع، قبلت شهادتهما، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يفصل، قال مشايخنا: ويجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل: إن سلما الشفعة قبل أن يطلبا، ثم شهدا، تقبل شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما مغنمًا بهذه الشهادة، ولم يصيرا خصمين في هذه الحالة، وإن سلما الشفعة بعد ما طلباها، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما صارا خصمين فيما شهدا؛ لأنهما

أظهرا الخصومة حين طلبا الشفعة، ومن صار خصمًا في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة، وإن لم يبقَ خصمًا فيها، كالوصي، إذا شهد لليتيم بعد ما عزل، فإنه لا تقبل شهادته، وإن لم يكن خصمًا فيما شهد وقت الشهادة؛ لأنه كان خصمًا فيه قبل ذلك.

فإن قيل: قبل الطلب إن لم يصيرا خصمين حقيقة لانعدام الخصومة منهما حقيقة، فقد صارا خصمين حكمًا لوجوب حق الشفعة لهما بنفس البيع، وهذا لأن الإنسان كما يصير خصمًا بوجود الخصومة منه حقيقة يصير خصمًا بوجوب الحق له من غير أن يوجد الخصومة منه كما في الوصي، فإنه إذا شهد للصغير بمال قبل أن يخاصم في ذلك، فإنه لا تقبل شهادته، وإنما لم تقبل لصيرورته خصمًا؟

والجواب: ههنا هكذا إذا كان الحق الذي وجب حقًا لازمًا كما في الوصي، فإن الحق ثابت له فيما شهد بنفس الوصية، بحيث لا يمكنه دفعه، وأما حق الشفيع ليس بلازم، فإنه مخير بين الأخذ وبين الترك، فلا يكفي هذا الحق لصيرورته خصمًا، بل بشرط إظهار الخصومة، هذا إذا كان البائع يدعي الشراء، والمشتري ينكر، وإن كان المشتري يدعي الشراء، والبائع ينكر، فشهد الشفيعان بالبيع على المشتري، لا تقبل شهادتهما أيضًا إذا كانا يطلبان الشفعة

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة ههنا ليس يثبت بشهادتهما، إنما يثبت بإقرار البائع.

والجواب: أنهما إن كانا لا يثبتان حق الشفعة لأنفسهما يثبتان لأنفسهما حق الأخذ من المشتري، وإلزام المشتري العهدة متى أخذا منه، غير أن في هذه الصورة لهما أن يأخذا الدار بالشفعة بإقرار البائع بالبيع، بخلاف الفصل الأول.

وإذا شهد ابنا البائع على الشفيع بتسليم الشفعة، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الدار في يد البائع، وفي هذا الوجه إن كان البائع يدعي تسليم الشفعة، لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد، تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة على أمر للأب فيه منفعة من وجه، بأن كان المشتري أملى من الشفيع، ومضرة من وجه، بأن كان الشفيع أملى من المشتري، فيرجع جانب النفع بالدعوى، وجانب الضرر بالجحود.

والوجه الثاني: أن تكون الدار في يد المشتري، وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما،

لأنهما بهذه الشهادة لا يجران إلى أبيهما مغنماً، ولا يدفعان عنه مغرماً؛ لأنه خرج من البين بتسليم الدار إلى المشتري، فتقبل شهادتهما، ثم فرق بين شهادة ابني البائع وبين شهادة البائعين، فقال: إذا شهد البائعان على الشفيع بتسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما، وإن كانت الدار في يد المشتري، وقال: إذا شهد ابنا البائع بذلك، والدار في يد المشتري، تقبل شهادتهما، والفرق أن شهادة البائعين إنما لم تقبل لأنهما كانا خصمين في هذه الدار قبل التسليم إلى المشتري، ومن كان خصماً في شيء لا تقبل شهادته فيه، وإن لم يبق خصماً، أما ابناه ما كانا خصمين في هذه الدار حتى لا تقبل شهادتهما من هذا الوجه لو لم تقبل إنما لم تقبل إذا جرا إلى أبيهما مغنماً، أو دفعا عنه مغرماً، ولم يوجد، هذا إذا شهد ابنا البائع على الشفيع بتسليم الشفعة. فأما إذا شهدا على المشتري بتسليم الدار إلى الشفيع، فإنه لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الدار في يد الأب، أو في يد المشتري، فإنهما يبعدان العهدة عن الأب بهذه الشهادة؛ فإنه إذا ورد الاستحقاق على المشتري، فللمشتري أن يرجع على البائع، وتبعيد العهدة منفعة، وكانت هذه منهما شهادة للأب، سواء ادعى الأب ذلك، أو لم يدع، لا تقبل شهادتهما؛ لأن تبعيد العهدة منفعة محضة، وما كان منفعة محضة، لا يشترط فيها الدعوى.

١٢٤٠٩ وإذا وكل الرجل رجلاً بشراء دار، أو بيعها، فاشترى، أو باع، وشهد ابنا الموكل على الشفيع بتسليم الشفعة، فإن كان الوكيل بالشراء، لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الدار في يد البائع، أو في يد الموكل، أو في يد الوكيل؛ لأنهما يشهدان لأبيهما بتقرر الملك لأبيهما، وإن كان الوكيل بالبيع، فإن كان الدار في يد الموكل، أو في يد الوكيل، لا تقبل شهادتهما؛ لأن فيه تقرر العهدة لأبيهما على المشتري؛ لأن حق الشفيع متى سقط، تقررت العهدة على المشتري، ومتى لم يسقط، وأخذ الشفيع الدار من يد الموكل، أو من يد الوكيل، ينفسخ الشراء، ويسقط العهدة عن المشتري، وربما يكون المشتري أميناً، فكان في هذه الشهادة منفعة للأب، وإن كانت الدار في يد المشتري، تقبل شهادتهما؛ لأنه لا منفعة لأبيهما في هذه الشهادة؛ لأن العهدة متقررة على المشتري، سقط حق الشفيع، أو لم يسقط، فإذا شهد شاهدان للبائع والمشتري على الشفيع أنه قد سلم شفعته، وشهد آخران للشفيع أن البائع والمشتري سلماها إليه. فقضى بها للذي في يديه، أشار إلى أن بينة الذي في يديه الدار وهو البائع أو المشتري أولى،

وجعل هذه المسألة نظير مسألة الخارج مع ذي اليد إذا أقاما البينة على النتاج، وهذا لأن الشهود شهدوا بالأمرين، ولم يشهدوا بالترتيب، ولا يعرف وقوعهما على غير ترتيب، فيجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا كان تسليم الشفعة سابقًا على تسليم الدار بالشفعة؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط، وتسليم الدار تمليك، والإسقاط أسرع نفاذًا من التمليك، فكان سابقًا معنى، ألا ترى أنه لو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده، وشهد آخران عليه أنه باعه، كانت بينة العتق أولى؛ لأنه سابق معنى، كذا هاهنا.

١٣٤١٠- إذا أقر المشتري أنه اشترى هذه الدار بألف درهم، وأخذها الشفيع بذلك، ثم ادعى البائع أن الثمن ألفان، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وكان للمشتري أن يرجع على الشفيع بألف أخرى، وإن أقر أن الثمن ألف، لم يرجع؛ لأنه صار مكذبًا في إقراره، ووجب عليه القضاء ببينة البائع، وكذلك إذا ادعى البائع أنه باعها من هذا المشتري بعرض بعينه، وأقام على ذلك بينة، والقاضي يسمع بينته ويقضي بذلك له على المشتري، ويسلم الدار للشفيع بقيمة ذلك العرض، فإن كان ما أخذ المشتري من الشفيع، وذلك الألف أقل من قيمة العرض، رجع على الشفيع بما زاد على الألف إلى تمام قيمة العرض، وإن كان أكثر من قيمة العرض، رجع الشفيع عليه بما زاد على قيمة العرض إلى تمام الألف، وإذا كان للدار شفيعان، فشهد شاهدان أن أحدهما قد سلم الدار، ولا يدري من هو، فالقاضي لا يقبل شهادتهما، وللشفيعين أن يأخذا بالشفعة؛ لأنه لم يثبت تسليم أحدهما بهذه الشهادة.

١٣٤١١- وإذا كفل رجلان لمشتري الدار بالدرك، ثم شهد الكفيلان على المشتري أنه قد سلم الدار للشفيع، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يدفعان العهدة عن أنفسهما.

١٣٤١٢- وإذا اشترى الرجل دارًا بعرض، حتى كان للشفيع أن يأخذ الدار بقيمة العرض على ما يأتي بيانه في موضعه، واختلفا في قيمة العرض يوم العقد، فإن كان العقد قائمًا للحال، ينظر إلى قيمته في الحال، ويجعل الحال حكمًا على ما قبله، وهذا لأن قيمة ما سوى الحيوانات من العروض لا تتغير ساعة فساعة، فيمكن أن يجعل الحال حكمًا على ما قبله، وإن كان العرض مستهلكًا، فالقول قول المشتري؛ لأن اختلافهما في مقدار قيمة العرض اختلاف في مقدار الثمن في الحقيقة، وإن أقام أحدهما بينة، قبلت

والتحويل، فإن كان من وقت الشراء إلى وقت الأخذ بالشفعة مدة لا يمكن إحداث مثل هذه الأشجار فيها، لا يقبل قول المشتري ، وإذا كان مدة يمكن إحداث مثل هذه الأشجار ، فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه لم يثبت كذب ما قاله المشتري في هذه الصورة بخلاف الصورة الأولى .

١٣٤١٦ - وإذ قال المشتري للشفيع : اشتريت الدار ، أو قال : اشتريت الأرض بخمسمائة، ثم اشتريت البناء بخمسمائة ، ولا شفعة للشفيع في البناء ، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريتهما معًا، فالقول قول الشفيع مع يمينه على علمه استحسانًا يحلف بالله ما يعلم أنه اشتراهما بعقدين ؛ لأن المشتري أقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في الأرض والبناء، وهو الشراء، وبدعوى تفرق الصفقة ادعى سقوط حق الشفيع في البناء ، ولو قال المشتري : باعني الأرض بغير بناء ، ثم وهب لي البناء ، أو قال : وهب لي البناء ، ثم باعني الأرض ، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريتهما ، فالقول قول المشتري ؛ لأن المشتري في هذه الصورة لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في البناء ، بل أنكر حقه ، ولا كذلك الصورة الأولى .

وكذلك إذا قال المشتري : وهب لي هذا البيت مع طريقه إلى باب الدار ، وباعني الباقي من الدار بألف درهم ، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريت كلها، فالقول قول المشتري في البيت لإنكاره سبب ثبوت حق الشفيع في البيت ، ويأخذ الشفيع الدار كله غير البيت وطريقه إن شاء ؛ لأن المشتري أقر بسبب ثبوت حق الشفيع فيما سوى البيت وطريقه ، وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الحقوق ، فلا يثبت ما ادعى من غير حجة ، وإن أقر بهبة البيت للمشتري ، وادعى المشتري أن الهبة كانت قبل الشراء ، فلا شفعة للجار ؛ لأني شريك بالحقوق وقت شراء الباقي ، والجار يقول : لا ، بل كان الشراء قبل الهبة ، ولي الشفعة فيما اشتريت ، فالقول قول الشفيع ؛ لأن العقدين قد ظهرا، وقد جهل التاريخ ، فيجعل كأنهما وقعا معًا ، ولو وقعا معًا كانت الشفعة للجار ، لأن شركة المشتري في الحقوق ههنا يثبت بعد الشراء ؛ لأن الهبة لا تفيد الملك قبل القبض ، والشراء يفيد الملك بنفسه ، فكان شركة المشتري في الحقوق بسبب الهبة حادثة بعد الشراء ، والشركة الحادثة بعد الشراء لا تبطل شفعة الجار ، وإذا قامت البينة على الهبة قبل الشراء ، فإن صاحبها أولى بالشفعة من الجار .

١٣٤١٧- ولو ادعى المشتري أنه اشترى الأرض والبناء بصفقة واحدة، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها بصفقتين، ولي أن آخذ الأرض دون البناء، فالقول قول المشتري مع يمينه، ولم يذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة، وفيما إذا ادعى المشتري تفرق الصفقة، وهي المسألة التي تقدم ذكرها، ذكر القياس والاستحسان، وذكر أن القول قول الشفيع مع يمينه استحسانًا، ويكون ما ذكر أن القول قول المشتري جواب الاستحسان.

١٣٤١٨- رجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وأقام رجل آخر بينة أنه اشترى هذا البيت من هذه الدار من فلان منذ شهر بكذا، فإنه يقضي بالبيت لصاحب الشهر، وببقية الدار للآخر؛ لأن الشراء حادث، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات ما لم يؤرخ الشهود، وشهود مشتري البيت أرخوا شراءه، أما الشهود بشراء الباقي ما أرخوا شراءه، فيثبت شراء البيت منذ شهر [ويثبت شراء الباقي للحال، ثم مشتري البيت منذ شهر أولى بشفعة باقي الدار من الجار؛ لأن شراء البيت لما ثبت قبل][١] شراء الباقي من الدار، كان مشتري البيت شريكًا في الحقوق منذ شراء الباقي من الدار، والشريك في الحقوق مقدم على الجار، ولو لم يوقت واحد منهما، قضيت بالبيت بينهما، وقضيت بباقي الدار للآخر، ولا شفعة لواحد منهما فيما صار لصاحبه؛ لأنه ظهر كل الأمرين، ولم يعرف التاريخ، فيجعل كأنهما وقعا معًا، وإذا كان داران متلازقان، فادعى أحدهما شراء أحدهما منذ شهرين، وادعى الآخر شراء الأخرى منذ شهر، فالشفعة لصاحب الشهرين، ولو لم يوقت شهود واحد منهما، فلا شفعة لواحد منهما.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب و ق.

الفصل الثالث عشر

في التوكيل بالشفعة، وتسليم الوكيل الشفعة وما يتصل به

١٣٤١٩ - ويجوز التوكيل بطلب الشفعة؛ لأنه توكيل بخصومة، وبالشراء، والتوكيل بكلا الأمرين جائز، وإذا أقر المشتري بشراء الدار، والدار في يديه، وجبت فيها الشفعة، وخصمه الوكيل؛ لأنه أقر بثبوت حق الشفعة فيما في يديه، ولو أقر بالملك فيما في يديه، أليس يصح إقراره؟ هكذا إذا أقر بحق الشفعة، ولا يقبل من المشتري بينة أنه اشتراها من صاحبها إذا كان صاحبها غائبًا؛ لأن البينة على الغائب لا تقبل من غير خصم، ولا خصم عن الغائب ههنا، حتى لو حضر صاحبها بعد إقامة المشتري البينة على الشراء منه، وصدقه فيما أقر له من الملك؛ وكذبه فيما ادعى من الشراء، يسترد الدار من يد الشفيع؛ ويسلم إلى البائع؛ لأنهم اتفقوا على أن أصل الملك كان له، ولم يثبت النقل من المشتري، ولكن يحلف صاحبها بالله ما بعتها من هذا المشتري، فإذا حلف حينئذ ترد الدار عليه، فإن قامت بينة بحضرة صاحبها أنه باعها من المشتري، ثبت الشراء، وسلمت الدار للشفيع، وتقبل هذه البينة من المشتري ومن الشفيع؛ لأن المشتري يثبت عقده، والشفيع يثبت حقه في الشفعة، وإن أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري، والدار في يد البائع، قضي بالشفعة، لما ذكرنا في جانب المشتري، وخصمه الوكيل، وإن أقر المشتري والبائع بالبيع، ولكن قالا: لا شفعة لفلان فيه، فإن القاضي يسأل الوكيل البينة على الحق الذي وجب به لموكله الشفعة من شركة أو جوار، فإن أقامها قضي له بالشفعة، وإلا فلا، وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل، والحكم في حق الموكل إذا أنكر البائع والمشتري شفعته هذا، هكذا في حق الوكيل، وإذا أراد الوكيل إثبات الشفعة لموكله بالجوار، ينبغي أن يقيم بينة أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان، هكذا ذكر محمد، وقد ذكرنا في فصل إنكار المشتري جوار الشفيع كيفية الشهادة في حق الأصيل، فيجب أن يكون في حق الوكيل كذلك، ولو أقام بينة أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان، لا يكتفى به كما في حق الموكل لو أقام البينة لنفسه، وإذا أراد إثبات الشفعة

بالشركة ، فأقام بينة أن لموكله فلان نصيباً من هذه الدار المبيعة ، ولم يبين المقدار ، لا يقبل ذلك منه ، ولا يقضي له بالشفعة ؛ لأنه لا يمكن القضاء بالشفعة إلا بالقضاء بالشركة ، وتعذر القضاء بالشركة لمكان الجهالة ، وهذا بخلاف ما لو أقام المدعي بينة على المحبوس في السجن أنه موسر ، فإنه تقبل بينته ، وإن لم يبين مقدار ملكه حتى يخلده القاضي في السجن ببينة المدعي ، وتخليده في السجن لا يستحق إلا باليسار ، ويساره لا يثبت إلا بالملك [كما أن الشفعة لا يستحق إلا بالملك ، والفرق أن في مسألة المديون القضاء بالملك][١] له مع إنكاره غير ممكن ، ألا ترى أنه مع بيان مقدار ملكه لا يمكن للقاضي أن يقضي له بالملك لجحوده ، ولما تعذر القضاء بالملك هناك ، لم يشترط القضاء باليسار لإمكان القضاء بالملك ، وفي مسألة الشفعة أمكن للقاضي القضاء بالملك للشفيع ؛ لأنه يدعي ، فلا يسقط اعتبار اشتراط القضاء بالملك للقضاء بالشفعة ، وتعذر القضاء بالملك لمكان الجهالة .

١٣٤٢٠ - وإذا وكل الرجل رجلا بأخذ دار له بالشفعة ، ولم يعلمه الثمن ، صح التوكيل ، وإذا أخذها الوكيل بما اشتراها المشتري ، لزم الموكل ، وإن كان ذلك ثمناً كثيراً ، بحيث لا يتغابن الناس فيه ، سواء أخذها بقضاء أو بغير قضاء ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا اشترى بثمن كثير لا يتغابن الناس في مثله ، حيث لا يلزم الموكل ؛ والفرق أن في فصل الشفعة الثمن منصوص عليه ، وهو الثمن الذي اشتراه المشتري ؛ لأن الأخذ بالشفعة بمثل ذلك الثمن ، وقد اشتراه به ، فأما في فصل الشراء الثمن غير منصوص عليه ، فيتعرف المقدار بالعرف .

١٣٤٢١ - وإذا وكل رجل هو ليس بشفيع الدار شفيع الدار أن يأخذ الدار له بالشفعة ، فأظهر الشفيع ذلك ، فقد بطلت شفعته ؛ لأنه قصد التملك من جهة المشتري لغيره ، فيعتبر بما لو قصد التملك من جهته لنفسه بأن ساومه ، وذلك مبطل شفعته ، فإن اشترى الشفيع ذلك حتى أخذها من المشتري ، ثم علم المشتري بذلك إن سلمها بغير قضاء قاض ، جاز ذلك ، ولم يكن للمشتري أن يأخذها ، وصار الشفيع مشترياً للآمر ؛ لأنه سلم الدار بالشفعة في موضع لا شفعة للشفيع ، فيكون بيعًا مستأنفًا إنما حصل برضا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

المشتري، وإن أخذها بقضاء قاضي، فإنها ترد على المشتري؛ لأنه لما لم يكن له أخذ الدار بالشفعة(١) تبين أن القاضي قضى للوكيل بالدار بغير حجة، ولا يمكن أن يجعل شراء مستقبلاً لانعدام الرضى من المشتري، ولا يصح توكيل الشفيع المشتري بأخذ الشفعة، سواء كانت الدار في يده [أو في يد البائع إن كانت الدار في يده](٢)؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والإنسان لا يصلح وكيلاً بالشراء من نفسه، وإن كانت الدار في يد البائع، فلأنه ساع في نقض ما تم به؛ لأن الأخذ بالشفعة يفسخ الشراء الذي جرى بين البائع وبين المشتري، وكما لا يصح توكيل البائع بذلك إذا كانت الدار في يد البائع قياساً واستحساناً، وإن كانت الدار في يد المشتري، صح توكيله قياساً، وفي الاستحسان لا يصح؛ لأنه ساع في نقض ما تم به من وجه؛ لأن الأخذ بالشفعة من المشتري وإن كان تمليكاً مبتدأ من جهة المشتري من وجه، فهو بمنزلة الاستحقاق من وجه أنه يأخذ(٣) من غير رضا المشتري بحق سبق له على حق المشتري، فمن هذا الوجه يصير البائع ساعياً في نقض ما تم به.

١٣٤٢٢- وإذا وكل رجلاً بطلب الشفعة بكذا وكذا درهماً، وأخذها، فإن كان المشتري اشترى بذلك المقدار، أو بأقل، فهو وكيل، وإن كان المشتري اشترى بأكثر من ذلك، فهو ليس بوكيل؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والوكيل بالشراء بثمن معين يملك الشراء به، وبأقل منه، ولا يملك الشراء بأكثر منه، وكذلك إذا قال: وكلتك إن كان فلان اشتراها، فإذا قد اشتراها غيره، لا يكون وكيلاً.

١٣٤٢٣- وإذا وكل وكيلين بأخذ الشفعة، فلأحدهما بدون الآخر أن يخاصم، ولا يأخذ الشفعة بدون الآخر.

١٣٤٢٤- وإذا وكل وكيلاً بأخذ الشفعة، فليس للوكيل أن يوكل غيره، إلا أن يكون الآمر أجاز ما صنع، وإن أجاز ما صنع، ووكل الوكيل وكيلاً، وأجاز ما صنع، لم يكن لهذا الوكيل الثاني أن يوكل غيره.

---

(١) في ف: بالشفعة سواء كانت في.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ف و م.

(٣) في م: من وجه من حيث إنه يأخذ.

١٣٤٢٥ - الوكيل بالشفعة إذا سلم الشفعة، ذكر في شفعة "الأصل" : أنه إن سلم في مجلس القاضي صح، وإن سلم في غير مجلس القاضي لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: يصح تسليمه في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي، فعلى رواية كتاب الشفعة: جوز تسليمه في مجلس القاضي، ولم يحك فيه خلافًا، وذكر في كتاب الوكالة والمأذون الكبير أن تسليمه في مجلس القاضي صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد، وتبين بما ذكر في كتاب الوكالة والمأذون أن ما ذكر في الشفعة قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإقراره على موكله بالتسليم في مجلس القاضي صحيح بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة، وإقراره في غير مجلس القاضي باطل عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: صحيح

ومحمد فرق بين تسليمه في مجلس القاضي وبين إقراره بالتسليم على موكله في مجلس القاضي، والفرق أن إقراره إنما صح من حيث إنه حق[1] الخصومة، والتسليم ليس حق[2] الخصومة، بل هو إبطال حق على الموكل، والوكيل مأمور باستيفاء الحق لا بإبطاله، ألا ترى أن الوكيل بالخصومة في الدين يملك الإقرار على موكله بالقبض، ولا يملك الإبراء.

١٣٤٢٦ - الوكيل بالشفعة إذا طلب الشفعة، وادعى المشتري التسليم، فهذا على وجهين: الأول: أن يدعي التسليم على الموكل، ويطلب يمين الوكيل بالله ما يعلم أن الموكل قد سلم الشفعة، أو يطلب يمين الموكل بالله ما سلمت الشفعة، فإن طلب يمين الوكيل، فالقاضي لا يحلفه؛ لأن أصل الدعوى وقع على الموكل، فإنه ادعى تسليم الموكل واستحلاف غير من توجه عليه الدعوى بمنزلة البدل عن استحلاف من توجه عليه الدعوى؛ ولا يصار إلى البدل على إمكان المصير إلى الأصل، وما دام الموكل حيًا، فاستحلافه ممكن، بخلاف ما لو ادعى دينًا على ميت، وأنكر الوارث ذلك، وطلب المدعي من القاضي أن يحلف الوارث، فالقاضي يحلفه على علمه؛ لأن هناك وقع

---

(١) وفي "ف": إنه جواب الخصومة.

(٢) وفي "ف": ليس جواب الخصومة.

محمد ، قال الصدر الشهيد : هو المختار ، وقال القاضي الإمام علي السغدي : الصحيح أنه يصح الطلب منه على كل حال ؛ لأنه هو العاقد ، قال الصدر الشهيد : والجواب في الوكيل مع الموكل كالجواب في البائع مع المشتري إن كانت الدار في يد البائع فالطلب منه صحيح ، وإن كانت في يد المشتري لا يصح الطلب من البائع ، هو المختار ، غير أن فرق ما بين الوكيل والبائع أن البائع إذا لم يسلم الدار لا يكون خصماً حتى يحضر المشتري ، والوكيل إذا قبض ، فهو خصم ، وإن لم يحضر الموكل ، هذا هو الكلام في الطلب ، وأما الكلام في تسليم الشفعة فتسليم الشفعة عند الوكيل ، فقد ذكرنا في فصل تسليم الشفعة .

١٣٤٦٩ - في "القدوري" : قال أصحابنا : إذا قال المشتري قبل أن يخاصم في الشفعة : اشتريت هذه الدار لفلان ، وسلمتها إليه ، ثم حضر الشفيع ، فلا خصومة بين الشفيع وبين المشتري ؛ لأن إقراره قبل الخصومة صحيح ، فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ، فأما إذا خوصم ، ثم أقر بذلك لم تسقط الخصومة عنه ؛ لأنه صار خصماً للشفيع ، وهو يريد إسقاط الخصومة عن نفسه .

قال : وروي عن محمد : أن المشتري إذا قال : أنا أقيم البينة أني أقررت بهذا القول قبل الشراء ، لم تقبل بينته لإثبات الملك للغائب ، ولا خصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له .

وفي "المنتقى" : بشر عن أبي يوسف : رجل اشترى داراً لغيره ، وأشهد قبل شرائها ، أو بعد شرائها ، معنى قوله : أشهد ، قال بلسانه أنه اشتراها لفلان بماله ، وأمره ، وطلب الشفيع الشفعة ، فالمشتري خصم في ذلك ، ولو كان له شاهدان أن فلاناً أمره بشرائها ، لم يكن هو خصماً للشفيع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

الفصل الرابع عشر
في شفعة الصبي

١٣٤٣٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: الصغير والكبير في استحقاق الشفعة سواء؛ لأنهما في سبب استحقاق الشفعة سواء، قال: والحبل في استحقاق الشفعة والكبير سواء؛ لأن الحمل يرث، فيثبت له الشركة(١) والجوار، كما يثبت للكبير، وإن وضعت لأقل من ستة أشهر بعد وقوع الشراء، فله الشفعة؛ لأنا تيقنا بوجوده يوم البيع، فكان وجوده بمنزلة قدومه، وهو غائب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا منذ وقع الشراء، فإنه لا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكمًا إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع، وورث الحمل منه، فحينئذ يستحق الشفعة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا؛ لأنا حكمنا بوجوده وقت البيع حكمًا لما ورث من أبيه، ثم لما وجبت الشفعة للصغير، فالذي يقوم بالطلب والأخذ من قام مقامه شرعًا في استيفاء حقوقه، وهو أبوه ثم وصي أبيه، ثم جده أب أبيه، ثم وصي الجد، ثم وصي نصبه القاضي، فإن لم يكن له أحد من هؤلاء، فهو على شفعته، ثم إذا أدرك، فإذا أدركت وقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة، فاختار رد النكاح، أو طلب الشفعة، فأيهما كان أولا يجوز، ويبطل الثاني، والحيلة في ذلك أن يقول: طلبتهما الشفعة والخيار، وإذا كان له أحد من هؤلاء، فترك طلب الشفعة مع الإمكان، بطلت الشفعة حتى لو بلغ الصغير، لا يكون له حق الأخذ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا تبطل الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم الشفعة إذا سلم الأب والوصي ومن يطلب شفعة الصغير، صح تسليمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو بلغ الصبي لا يكون له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن تسليم الشفعة وترك طلبها ترك التجارة؛ لأن الأخذ بالشفعة تجارة، وطلبها طلب التجارة، فتركها يكون ترك التجارة، ومن ملك التجارة في مال إنسان ملك تركها أيضًا، ولأن أخذ الشفعة يكون بعوض،

(١) هكذا في النسخ الثلاثة التي عندي، وكذا في الأصل: الشفعة.

فتسليم الشفعة إن كان يبطل حق الصغير، ولكن بعوض، وإبطال حق الصغير بعوض داخل تحت ولاية هؤلاء، ألا ترى أنهم ملكوا بيع مال الصغير، ثم تسليم الأب والوصي شفعة الصغير صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء كان التسليم في مجلس القاضي أو في غير مجلس القاضي، بخلاف تسليم الوكيل في غير مجلس القاضي عند أبي حنيفة؛ لأنهما نائبان عن الصغير في مجلس القضاء وغيره، وأما الوكيل نائب عن الموكل [في مجلس القاضي؛ لأنه وكيل بالخصومة، ومعدن الخصومة دار القضاء(١)، فكأن الموكل](٢) قال له: أنت وكيلي في مجلس القضاء.

١٣٤٣١- إذا اشترى داراً لابنه الصغير، والأب شفيعها، كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندهم، كما لو اشترى الأب مال ابنه لنفسه، ثم كيف يقول؟ يقول: اشتريت وأخذت بالشفعة، ولو كان مكان الأب وصياً، ذكر شمس الأئمة السرخسي هذه المسألة في أول باب تسليم الشفعة، ولم يشبع في الجواب، وذكر الصدر الشهيد هذه المسألة في واقعاته، وفرق في الجواب، والجواب المشبع إن كان في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة للصغير، بأن وقع شراء الدار بغبن يسير، بأن كان مثلاً قيمة الدار عشرة وقد اشترى الوصي بأحد عشر، فإن الغبن اليسير يتحمل من الوصي في تصرفه مع الأجنبي، ويأخذ الوصي بالشفعة بدفع ذلك الثمن، فإذا كانت الحالة هذه، كان أخذ الوصي بالشفعة منفعة في حق الصغير، وكان للوصي أن يأخذ بالشفعة على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، كما في شراء الوصي شيئاً من مال الصغير لنفسه، وإن لم يكن في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة في حق الصغير، بأن وقع شراء الدار بأكثر من القيمة، لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق، كما لا يكون للوصي أن يشتري شيئاً من مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق، ومتى كان للوصي ولاية الأخذ يقول: اشتريت وطلبت الشفعة، ثم يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب قيماً عن الصبي، فيأخذ الوصي منه بالشفعة، ويسلم الثمن إليه، ثم القيم يسلم الثمن إلى الوصي.

(١) في "ف": مجلس القضاء بدلاً من دار القضاء.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "ط" و"ب" و"ف".

١٣٤٣٢- وفي فتاوى الفقيه أبي الليث : وفي فتاوى الفقيه أبي بكر : لو اشترى لابنه الصغير داراً ، والأب شفيعها ، لا يأخذ بالشفعة ما لم يدرك الابن ، أو ينصب الحاكم له خصماً ، قال الفقيه أبو الليث : هذا الجواب في الوصي ، فأما الأب لا يأخذ ؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه ، صح كذا هنا يأخذ من غير قضاء .

وعن شداد : أن الوصي يشهد على طلب الشفعة ، ويترك حتى يبلغ الصبي ، ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي ، لا يشهد ولا يدرك الشفعة له حتى يدرك اليتيم

اشترى الأب لنفسه داراً ، وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير حتى بلغ الصغير ، فليس للذي بلغ أن يأخذها بالشفعة ؛ لأن الأب كان متمكناً من أخذها بالشفعة ؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة ، فسكوته يكون مبطلاً للشفعة .

١٣٤٣٣- ولو باع الأب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا يبطل شفعة الصغير حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها ؛ لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعاً ، وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً ، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة السرخسي في باب تسليم الشفعة ، وهكذا ذكر القدوري في شرحه ، وأحاله إلى نوادر أبي يوسف .

١٣٤٣٤- وأما الوصي إذا اشترى داراً لنفسه ، أو باع داراً له ، والصبي شفيعها ، فلم يطلب الوصي شفعته ، فاليتيم على شفعته إذا بلغ ؛ لأن الوصي لا يملك البيع والشراء للصغير مع نفسه إلا إذا كان فيه منفعة للصغير ، وإذا لم يملك الأخذ لم يكن سكوته تسليماً ، هكذا ذكر القدوري في شرحه .

وفي نوادر هشام : قال : قلت لمحمد : ما تقول في رجل اشترى داراً وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الشفعة ، قال : أما في قياس قول أبي حنيفة : لا شفعة للصغير ؛ لأن تسليم الأب جائز عليه ، فأما في الوصي فهو على شفعته ؛ لأنه لا يقدر أن يأخذ له من نفسه ، ويجب أن يكون الجواب في شراء الأب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها على التفصيل ، إن لم يكن للصبي في هذا الأخذ ضرر ، بأن وقع شراء الأب الدار بمثل القيمة ، أو بأكثر مقدار ما يتغابن الناس في مثله ، لا يكون للصغير الشفعة إذا بلغ ، وإن كان للصغير في هذا الأخذ ضرر ، بأن وقع هذا أي شراء الأب بأكثر من القيمة

مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، كان له الشفعة إذا بلغ؛ لأن الأب لا يملك التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر، فلم يكن الأب متمكنًا من الأخذ في هذه الصورة، فلا يكون سكوته مبطلاً للشفعة، والذي يؤيد هذا مسألة ذكرها شمس الأئمة السرخسي في باب تسليم الشفعة.

١٢٤٣٥ - وصورتها: رجل اشترى دارًا بأكثر من قيمتها، وصغير شفيعها، فسلم الأب شفعته، لا يصح تسليمه عندهم جميعًا، هو الصحيح؛ لأن الأب لا يملك الأخذ فيها بالاتفاق لكثرة الغبن، والسكوت عن الطلب والتسليم إنما يصح ممن يملك، فبقي الصبي على حقه إذا بلغ، ويجب أن يكون الجواب في الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه، والصغير شفيعها، فلم يطلب حتى بلغ الصبي على التفصيل أيضًا إن كان للصغير في الأخذ بالشفعة منفعة، فلا شفعة للصغير إذا بلغ عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن الوصي لو اشترى من مال نفسه شيئًا للصغير، وللصغير فيه منفعة ظاهرة، جاز عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وكان الوصي متمكنًا من الأخذ، فكان سكوته مبطلاً شفعته، فإن لم يكن للصغير في الأخذ بالشفعة منفعة ظاهرة، كان له الأخذ بالشفعة إذا بلغ بالاتفاق؛ لأن الوصي لا يتمكن من الأخذ في هذا الوجه بالاتفاق، فلا يكون سكوته مبطلاً.

ولو كان الوصي باع الدار، وباقي المسألة بحالها، فالصغير على شفعته إذا بلغ بالاتفاق، كما في الأب إذا قال الأب أو الوصي: اشتريت هذه الدار بألف درهم للصغير، فقال له الشفيع: اتق الله، فإنك اشتريتها بخمسمائة، فصدقه، فإنه لا يصدق، ويأخذ الدار بألف درهم حتى يقيم البينة على المشتري بخمسمائة.

الفصل الخامس عشر
في حكم الشفعة

١٣٤٣٦ - إذا وقع الشراء بالعروض، قد ذكرنا قبل هذا أن الشراء إذا وقع بما ليس من ذوات الأمثال، فالشفيع يأخذ الدار بقيمة ما وقع الشراء به. قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا اشترى الرجل دارًا بعبد بعينه، وأخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضي، ثم استحق العبد، بطلت الشفعة، وأخذ الدار من الشفيع، وهذا لأن الشراء بالمستحق شراء فاسد، ولهذا لا يفيد الملك في بدل المستحق إلا بالقبض، ولا شفعة في الشراء الفاسد، فظهر أن القاضي أخطأ في قضائه حيث قضى بالشفعة، ولا شفعة، فيرد قضاءه، وذلك برد حكمه، فلهذا قال: يسترد الدار من يد الشفيع.

فإن قيل: ينبغي أن لا يسترد الدار من يد الشفيع، وإن ظهر أنه لم يكن له الشفعة عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالشراء، والقاضي متى قضى بالشراء يثبت الشراء بقضائه، وإن لم يكن بينهما شراء.

قلنا: القضاء بالشفعة قضاء بالشراء من وجه، وقضاء بالملك المرسل من وجه، لما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الاستحقاق من وجه من حيث إن الشفيع يأخذ الدار من غير رضا المشتري بحق سابق، والقضاء بالشراء إن كان ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة، فالقضاء بالملك المرسل لا ينفذ باطنًا، فلا ينفذ القضاء بالشفعة ظاهرًا وباطنًا بالشك، فلهذا قال: يسترد الدار من يد البائع، هذا إذا أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضي، وإن كان المشتري قد سلم الدار إلى الشفيع بقيمة العبد بغير قضاء، إن كان قد سمى للشفيع قيمة العبد كذا وكذا حتى صار الثمن معلومًا من كل وجه، ثم استحق العبد، فليس للمشتري على الدار سبيل، ويجعل ذلك بيعًا مبتدأ لوجود حده، وهو التملك والتمليك بالتراضي لما تبين أنه لم يكن له شفعة، ويكون للبائع على المشتري قيمة الدار؛ لأن باستحقاق العبد يتبين أن الشراء وقع فاسدًا، والمشتري شراء فاسدًا إذا باع ما اشترى، نفذ بيعه، ويضمن للبائع قيمة ما اشترى، وإن لم يكن سمى

للشفيع قيمة العبد كذا وكذا، ولكن قال: سلمت الدار لك بقيمة العبد، كان للمشتري أن يسترد الدار من الشفيع.

١٣٤٣٧ - وإذا اشترى دارًا بعبد، وهلك العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وهذا لأن بهلاك العبد، وإن فسد البيع بما عرف أن هلاك أحد البدلين في بيع المقايضة يوجب فساد العقد، إلا أنه إنما فسد البيع بعد وجوده بوصف الصحة، وأنه لا ينافي حق الشفعة، ولو لم يمت العبد حتى أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد، إن أخذه من البائع، لم يبق للبائع على العبد الذي جعله المشتري ثمنًا لهذه الدار سبيل؛ لأن بأخذ الشفيع الدار من البائع ينفسخ شراء المشتري، وإن أخذه من المشتري، ثم مات العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، فالقيمة التي أخذها المشتري من الشفيع يكون للبائع.

١٣٤٣٨ - وإذا اشترى دارًا بعبد غيره، وأجاز صاحب العبد الشراء، فللشفيع الشفعة؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ويأخذها بالشفعة بقيمة العبد لما ذكرنا.

١٣٤٣٩ - وإذا وقع الشراء بكيل أو موزون بعينه، واستحق المكيل أو الموزون، فقد بطلت الشفعة؛ لأن المكيل أو الموزون إذا كان بعينه، فهو والعبد سواء، وإن كان [المكيل أو الموزون](١) في الذمة، وأوفاه ذلك، ثم استحق ذلك، فالشفعة للشفيع على حالها؛ لأن المكيل والموزون إذا كان في الذمة، فهو والدراهم سواء.

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: رجل اشترى من آخر دارًا بالكوفة بكر حنطة بعينه أو بغير عينه، وتقابضا، ثم خاصمه الشفيع في الدار بمرو، وقضي له عليه بالشفعة، والدار بالكوفة وهم بمرو، وقال: إن شاء المشتري أخذ الشفيع حتى يأخذ منه حنطة مثلها بالكوفة، ويسلم له الدار بمرو، وإن شاء سلم له الدار، وأخذ منه بمرو قيمة الحنطة بالكوفة.

وقال في موضع آخر من «المنتقى»: إن كان قيمة الكر في الموضعين سواء، أعطاه الكر حيث قضي له بالشفعة، وإن كانت القيمة متفاضلة، نظر في ذلك إن كان الكر في

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، ب.

الموضع الذي يريد الشفيع أن يعطي أغلى، فذلك إلى الشفيع، يعطيه ذلك حيث شاء، وإن كان أرخص، فرضي به المشتري، فذلك إليه، وإن تساويا، أعطى المشتري قيمة ذلك في الموضع الذي فيه ما يساوي في موضع الشراء.

الفصل السادس عشر
في الشفعة في فسخ البيع، والإقالة وما يتصل بذلك

١٣٤٥٠ - مشتري الدار إذا وجد بالدار عيباً بعد ما قبضها، وردها بالعيب، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة إن كان الرد بالعيب بغير قضاء قاض؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، والشفيع ثالث، فصار في حق الشفيع كأن المشتري باع الدار من البائع، ولو كان الرد بقضاء قاض، فليس للشفيع أن يأخذها؛ لأن الرد بقضاء فسخ في حق الكل، وليس ببيع جديد أصلاً لانعدام حده، وهو التمليك والتملك بالتراضي، وحق الشفيع إنما يثبت في العقد لا في الفسخ، وإن كان الرد بالعيب قبل القبض، فإن كان بقضاء، فلا شفعة للشفيع، وإن كان بغير قضاء، فكذلك عند محمد؛ لأنه تعذر اعتباره بيعاً جديداً في حق الشفيع؛ لأن بيع العقار قبل القبض [عنده لا يجوز، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فقد اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: للشفيع الشفعة؛ لأن بيع العقار قبل القبض][1] عندهما يجوز، فأمكن أن يجعل هذا الرد بيعاً جديداً في حق الشفيع، وبعضهم قالوا: لا شفعة للشفيع؛ لأن رضا البائع قبل القبض لا عبرة له؛ لأن للمشتري حق الرد بالعيب قبل القبض، وإن لم يرض به البائع؛ لأن الصفقة لم تتم بعد، ومع انعدام الرضا من البائع، لا يمكن أن يعتبر بيعاً جديداً في حق الشفيع، فكذا إذا لم يعتبر، فصار كما لو سلم المشتري الدار إلى الشفيع باختياره ورضاه، لا يعتبر ذلك بيعاً جديداً في حق الثالث، حتى لو كان لهذه الدار شفيع آخر، وقد سلم الشفعة لا يتجدد له شفعة أخرى بهذا التسليم؛ لأن للشفيع أن يأخذه بغير رضاه، فلم يكن لرضاه عبرة، كذا هنا.

١٣٤٥١ - وإن كان المشتري رد الدار بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض بتراضيهما أو بغير تراضيهما؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه في حق الناس كافة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

وإذا اشترى داراً، أو أرضاً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم إن البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان تلجئة، ورد المشتري الدار على البائع لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وكان ينبغي أن يتجدد؛ لأن إقرارهما بالتلجئة لا يعتبر في حق الشفيع [ألا ترى أنهما لو أقرا بذلك قبل تسليم الشفعة، لا يعتبر إقرارهما في حق الشفيع][1] حتى كان للشفيع أن يأخذ الدار، كذا ههنا، وإذا لم يعتبر إقرارهما لم يثبت التلجئة في حق الشفيع، فكان الرد بسبب التلجئة فسخاً للعقد في حقه، لا رداً بالتلجئة في حق الشفيع، وكان الفسخ متى حصل بالتراضي، يتجدد للشفيع حق الشفعة [والجواب: إنا لم نعمل إقرارهما بالتلجئة في حق الشفيع قبل تسليم الشفعة][2]؛ لأن البيع صحيح ظاهراً، ويثبت للشفيع حق الشفعة، فهما بهذا الإقرار يريدان إبطال حقه، فأما بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق أصلاً، فإقرارهما لا يتضمن بطلان حقه، فتثبت التلجئة بإقرارهما، فكان الرد بسبب التلجئة، فلا يتجدد به حق الشفعة.

١٢٤٤٣ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى داراً، وقبضها، وسلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشتري قال: إنما كنت اشتريتها لفلان، وقال الشفيع: بل اشتريتها لنفسك، وهذا منك بيع مستقبل، وأنا آخذها بالشفعة بهذا البيع، فالقول قول الشفيع، فإن كان فلان غائباً، لم يكن للشفيع أن يأخذ الدار [حتى يقدم الغائب من قبل أن الشفيع يدعي أن هذا باع الدار من الغائب، وليس للشفيع أن يأخذ الدار][3] من البائع حال غيبة المشتري، فإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أن فلاناً كان أمرني بذلك، وإني اشتريتها له، لم تقبل بينته على ذلك حتى يحضر فلان.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من ف.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من ف.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب وف.

[ومما يتصل بهذا الفصل:

١٢٤٤٣ - إذا انفسخ البيع فيما بين البائع والمشتري بسبب هو فسخ من كل وجه، لا يبطل حق الشفعة؛ لأن حق الشفعة يعتمد وجود البيع لا بقاءه -والله أعلم-][١].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الفصل السابع عشر
في شفعة أهل الكفر

١٣٤٤٤ - الكافر والمسلم في استحقاق الشفعة سواء؛ لأنهما في سبب استحقاق الشفعة سواء، فإذا اشترى نصراني داراً بميتة أو دم، فلا شفعة للشفيع؛ لأن الميتة والدم ليس بمال في حقهم، فالشراء حصل بما ليس بمال، فلا تنعقد(١)، وهذا بخلاف ما لو اشترى بخمر أو خنزير؛ لأن ذلك مال في حقهم، فالشراء حصل بما هو مال، فينعقد.

١٣٤٤٥ - اشترى ذمي من ذمي داراً بخمر، وتقابضا، ثم صار الخمر خلاً، ثم أسلم البائع والمشتري، ثم استحق نصف الدار، ثم حضر الشفيع، أخذ النصف بنصف قيمة الخمر، ولا يأخذ بنصف الخل؛ لأن الشفيع إنما يأخذ الدار بمثل الثمن الذي هو مضمون على المشتري، والمضمون على المشتري الخمر دون الخل، وقد عجز الشفيع عن الأخذ بصورة الخمر، فيأخذ بمعناها، وهو القيمة، ثم يرجع المشتري على البائع بنصف الخل إن كان الخل قائماً في يده، وإن كان مستهلكاً، رجع عليه بمثل نصف الخل؛ لأنه لما استحق نصف الدار، ظهر أن نصف الخمر، كان في يده بحكم عقد فاسد، والخمر التي اشتراها الذمي شراء فاسداً إذا صارت خلاً في يده لا بصنعه، رد الخل بعينه إن كان قائماً، وإن عجز عن رد عينه رد مثله، فإن عجز عن رد مثله فحينئذ رد قيمته، كذا ههنا.

١٣٤٤٦ - اشترى ذمي من ذمي كنيسة أو بيعة، فللشفيع الشفعة، هكذا ذكر في «الأصل»، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول عن المالك بجعله بيعة أو كنيسة، إنما يشكل فيما إذا كان من ديانتهم أن الملك يزول عن المالك بهذا الصنع؛ لأنه باع ما لا يملك، فلا يجوز بيعه في ديانته، ونحن أمرنا ببناء الأحكام على اعتقادهم، وأن نتركهم وما يدينون إلا ما استثني عليهم من عهودهم، والوجه في ذلك أنهما أقدما على البيع فقد دانا بديننا؛ لأن من ديننا أن الملك لا يزول عن المالك بما صنعه

---

(١) وفي ف، ر، م: فلا ينعقد بدلاً من فلا شفعة.

للعصبة ، والذمي إذا دان بديننا يلزمه ذلك ، كما في نكاح المحارم إذا طلبا الفرقة من القاضي .

١٣٤٤٧ - اشترى المرتد دارًا، ثم مات ، أو قتل على الردة حتى بطل شراؤه عند أبي حنيفة ، ولو أسلم حتى نفذ شراؤه، فللشفيع الشفعة ؛ لأن شراء المرتد بمنزلة الشراء على أن المشتري بالخيار ؛ لأنه توقف لمعنى من جهة المشتري ، وهو ردته ، ومن اشترى دارًا على أن المشتري بالخيار ، كان للشفيع الشفعة ، أجاز المشتري البيع أو فسخ ، وإن باع المرتد دارًا ، ثم مات ، أو قتل على الردة ، فلا شفعة للشفيع ، وإن أسلم فله الشفعة ؛ لأن بيع المرتد بمنزلة البيع على أن البائع بالخيار ، ومن باع دارًا بشرط الخيار للبائع ، إن أجاز البيع وجبت [الشفعة ، وإن فسخه لا يجب ، كذا ههنا عند أبي حنيفة ، وإذا كان الشفيع مرتدًا ، أو طلب الشفعة من القاضي][1] ، فالقاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يسلم عند أبي حنيفة ؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالشراء ، وشراء المرتد موقوف عند أبي حنيفة بين أن ينفذ إذا أسلم ، وبين أن يبطل إذا مات ، أو قتل على الردة ، فمتى قضى له بالشفعة صار معرضًا قضاءه للإبطال ، وللقاضي أن يصون قضاءه عن النقض والإبطال ، وإن أبطل القاضي شفعته ، ثم أسلم بعد ذلك ، فلا شفعة له ؛ لأن قضاء القاضي قد نفذ لمصادفته محلا مجتهدًا فيه ، فإن من العلماء من قال : لا شفعة للمرتد لا على الكافر ، ولا على المسلم ، وروي ابن شبرمة ، ومنهم من قال : لا شفعة له على المسلم ، وله شفعة على الكافر ، وهو عثمان البتي ، فهو معنى قولنا : إن قضاءه صادف محلا مجتهدًا فيه ، فينفذ ، وإن أوقفها القاضي حتى ينظر ، ثم أسلم ، فهو على شفعته .

١٣٤٤٨ - وإذا كان الشفيع مرتدًا ، فمات أو قتل على الردة ، أو لحق بدار الحرب ، فلا شفعة لوارثه ؛ لأن وارثه لو استحق الشفعة إما أن يستحق بحكم الإرث ، ولا وجه إليه ؛ لأن حق الشفعة لا يورث ، أو ابتداء الحكم ما ثبت لهم من الملك ، ولا وجه إليه ؛ لأن الملك للوارث إنما يثبت من حين يموت المرتد ، أو لحق بدار الحرب ، ويقضي بلحوقه لا من وقت الردة ، والبيع كان قبل الموت ، فكان جوار الورثة حادثًا ، والشفعة لا تستحق بجوار حادث ، ولو كان المرتد لحق بدار الحرب ، ثم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" و"م" .

الفصل الثامن عشر
في الشفعة في المرض

١٣٤٥٦ - إذا باع المريض داره بألفي درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف، ولا مال له غير الدار، ثم مات المريض، وابنه شفيع الدار، فلا شفعة له، هكذا ذكر في الكتاب، وهذا الجواب لا يشكل عندهم جميعًا متى أراد الشفيع الأخذ بألفي درهم قبل إجازة الورثة؛ لأن المريض كما صار بائعًا من المشتري بإيجاب حقيقة الملك له ببدل صار بائعًا من الشفيع بإيجاب حق التملك له ببدل، ولهذا قلنا أن الشفيع لو أقال بيع البائع بعد أخذ الدار من المشتري بالشفعة صحت إقالته؛ لأنه أقال مع بائعه، ولو باع من وارثه من كل وجه بألفي درهم لا يجوز قبل إجازة الورثة عندهم لما فيه من الوصية للوارث، كذا هذا، فأما إذا أراد أن يأخذ بثلاثة آلاف درهم، لا شك أن على قول أبي حنيفة لا يجوز بدون إجازة الورثة، لما ذكرنا أنه صار بائعًا من الشفيع من وجه، ولو باع منه من كل وجه بثلاثة دراهم، لا يجوز عند أبي حنيفة من غير إجازة الورثة، فههنا كذلك، وأما على قولهما فقد ذكر في كتاب الشفعة والجامع والوصايا في رواية أبي حفص والمأذون أنه لا يأخذها بالشفعة، وذكر في الوصايا في رواية أبي سليمان: أنه يأخذها، فمن مشايخنا من قال في المسألة: روايتان، وجه ما ذكر في عامة الروايات: أن الأخذ بثلاثة آلاف درهم يخالف موضوع الشفعة، فإن موضوع الشفعة أن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الذي هو مضمون على المشتري، والمضمون على المشتري ألفا درهم، فلا يجوز أن يأخذ بثلاثة آلاف درهم، وجه ما ذكر في رواية أبي سليمان: أن المريض صار بائعًا الدار من الوارث بوجه، فيعتبر بما لو باعه منه من كل وجه، ولو باع منه بألفي درهم، قيمتها ثلاثة آلاف درهم، كان له الأخذ بثلاثة آلاف درهم قبل إجازة الورثة، كذا هنا، ومن المشايخ من وفق بين الروايتين، وقال: ما ذكر في عامة الروايات محمول على ما إذا أراد الأخذ من المشتري؛ لأن الألف الزائد حينئذ يكون للمشتري؛ لأنه يملك من جهة المشتري، ولهذا العهدة تكون على المشتري، فلا تزول المحاباة في حق الوارث، وما ذكر في الرواية الأخرى

محمول على ما إذا أراد الأخذ من الورثة؛ لأن الألف الزائد حينئذ يكون للورثة، فتزول بالمحاباة في حقهم، وأما إذا أراد الأخذ بألفين، فإجازة الورثة إن كان الأخذ من المشتري لا يعمل إجازتهم؛ لأن الشفيع بهذا الأخذ يصير متملكًا من جهة المشتري من وجه، ومن جهة المريض من وجه، فباعتبار التملك من المريض إن كان تعمل إجازتهم، فباعتبار التملك من المشتري لا تعمل إجازتهم، فلا تصح إجازتهم بالشك، وإن كان الأخذ من الورثة تعمل إجازتهم؛ لأن شراء المشتري ينفسخ، ويصير متملكًا على المريض من كل وجه، فتعمل إجازتهم، هذا إذا كان المشتري أجنبيًا، وإن كان المشتري وارثًا، فإن كان باعها بمثل قيمتها، أو بأضعاف قيمتها، فلا شفعة للشفيع قبل إجازة الورثة عند أبي حنيفة، خلافًا لهما، فإن باعها بألفي درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم لا شك أن على قول أبي حنيفة لا شفعة للشفيع، وأما على قولهما فقد ذكر في كتاب الشفعة: أنه يأخذها بثلاثة آلاف درهم إن شاء؛ لأن الشفيع قائم مقام المشتري، وكان للمشتري وهو الابن أن يزيل المحاباة، ويأخذها بثلاثة آلاف درهم إن شاء، فكذا الشفيع، وذكر في موضع آخر أنه لا شفعة للشفيع هنا؛ لأن عندهما بيع المريض من وارثه إنما يصح إذا لم يكن فيه وصية، وفي البيع بالمحاباة وصية، ولا وصية للوارث، فكان البيع فاسدًا، ولا شفعة في البيع الفاسد، وبأن كان المشتري يتمكن من إزالة الفساد، فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع، كما لو اشترى بشرط أجل فاسد، أو خيار فاسد، وعن أبي يوسف: أن للشفيع أن يأخذها بألفي درهم؛ لأنه يتقدم على المشتري شرعًا، فيجعل كأن البيع من المريض كان معه بألفي درهم.

١٣٤٤٢ - المريض إذا باع دارًا بألفي درهم وقيمتها ثلاثة آلاف، وشفيعها أجنبي، فله أن يأخذها بالشفعة بألفي درهم؛ لأن المحاباة كانت بقدر الثلث، وذلك صحيح من المريض.

فإن قيل: كيف يأخذ الشفيع الدار بألفي درهم، والوصية من المريض كانت من المشتري لا للشفيع، ولا تجوز الوصية بتنفيذ الوصية لغير الموصى له؟

قلنا: الوصية ما حصلت مقصودة ههنا، إنما حصلت في ضمن البيع، والشفيع قد تقدم على المشتري شرعًا في البيع، فكذا فيما هو متضمن البيع على أنه لما أوجب البيع

للمشتري بالمسمى مع أن علمه للشفيع يتمكن من الأخذ بمثل ما اشترى به المشتري، كان هذا وصية للمشتري إذا سلم الشفيع الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة.

إذا باعها بألفين إلى أجل، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم، فالأجل باطل؛ لأن المحاباة بألف استغرقت ثلث المال، فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل في شيء، ولكن يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو يؤدي الألفين حالة ليصل إلى الورثة كمال حقهم، وفي ذلك ما في، فللشفيع الشفعة، يأخذها بألفي درهم حالة، وإن باعها بثلاثة آلاف درهم إلى سنة، وقيمتها ألف درهم، ثم مات، أجمعوا على أن الأجل فيما زاد على الثلث باطل؛ لأنه بمنزلة المحاباة؛ لأنه براءة موقتة، فيعتبر بالبراءة المؤبدة، لكن اختلفوا أنه يعتبر الأجل في الثلث باعتبار الثمن، أو باعتبار القيمة، قال أبو يوسف: باعتبار الثمن، فيعجل ثلثي الثمن، وذلك ألفا درهم إذ شيء، والألف الثالثة إلى أجله، وقال محمد: باعتبار القيمة، فيعجل ثلثي القيمة، وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث إذ شيء، والباقي عليه إلى أجله.

١٣٤٥٣ - إذا باع المريض دارًا، ووصي وارثه شفيعها، ثم برأ من مرضه، فإن كان الوارث الشفيع علم بالبيع، وقد طلب وقت ما علم كان له أن يأخذ بالشفعة، وإن لم يطلب، فلا شفعة له؛ لأنه ترك الطلب بغير عذر، أكثر ما فيه أنه لم يكن متمكنًا من الأخذ وقت البيع لمرض البائع، لكن لا يمنع سقوط الشفعة عند ترك الطلب، ألا ترى أن الجار إذا لم يطلب الشفعة بعد ما علم بالبيع لمكان الشريك، ثم سلم الشريك الشفعة، فلا شفعة للجار، وإن لم يكن متمكنًا من الأخذ وقت البيع.

الفصل التاسع عشر
في وجوه الحيل في باب الشفعة

١٣٤٤٤ - الحيل في هذا الباب نوعان: نوع لإسقاطها بعد الوجوب، وذلك بأن يقول المشتري للشفيع: أنا أبيعها منك بما أخذت، فلا حاجة لك في الأخذ، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول المشتري للشفيع: اشتره مني بما أخذت، فيقول الشفيع: نعم، أو يقول: [(١) اشتريت]، فيبطل به شفعته، وأنه مكروه بالإجماع، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أنه لا يكره إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار بالشفيع.

ونوع يمنع وجوبها، وقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: على قول أبي يوسف: لا يكره، وعلى قول محمد: يكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة، وفي كراهية الحيل لمنع وجوب الزكاة خلافًا بين أبي يوسف ومحمد، ومنهم من قال في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة، فعلى قول هذا القائل يحتاج محمد إلى الفرق بين الشفعة وبين الزكاة.

وفي «المنتقى»: قال هشام: سألت محمدًا عن رجل جعل بيتا من داره هبة لرجل، ثم باع بقية الدار منه هربًا من الشفعة، قال: كان أبو يوسف لا يرى بذلك بأسًا، وأما محمد فكرهه كراهة شديدة، ولم يحفظ عن أبي حنيفة فيه شيئًا.

وفي «فتاوى النسفي»: سئل أبو بكر بن أبي سعيد عن ذلك، فقال: بعد البيع مكروه في الأحوال كلها، وقبل البيع إن كان الجار فاسقًا يتأذى به، فلا يكره، وغير يكره في جميع الأحوال، ثم بعض الحيل يرجع إلى منع أصل وجوب الشفعة، وبعضها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتنا هذه العبارة من «ف».

يرجع إلى تقليل الرغبة في الشفعة ، أما التي يرجع إلى منع][1] ، وجوهها أن يهب البائع شيئًا معلومًا من الدار بطريقه ، أو موضعًا آخر معلومًا من الدار بطريقه ، فتجوز الهبة ؛ لأن ما وهبه مقدار معين ، والطريق وإن كان شائعًا إلا أنه لا يحتمل القسمة ، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة ، فيصير شريكًا في الطريق ، ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل ، فيصير أولى بالجوار ، إلا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ، أما لا يصلح لدفع الشريك في الدار.

ومن جملة ذلك أن يتصدق بطائفة معينة من الدار على المشتري بطريقها ويسلمها ، ثم يبيع الباقي منه ، فلا يكون للجار الشفعة

ومن جملة ذلك أن [يهب من المشتري قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار حتى يزول جواره عن باقي الدار ، ثم يبيع الباقي منه.

ومن جملة ذلك أن [2] يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبًا ليلبسه يومًا إلى الليل بجزء من مائة جزء من داره التي يريد بيعها ، ثم يصبر حتى يمضي اليوم ، أو يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال ، ثم يبيع الباقي منه ، فلا يكون للجار الشفعة ، لا في الجزء الأول لأنه ملك بعقد الإجارة ، ولا في الجزء الثاني : لأن المشتري شريك في الدار وقت البيع ، والشريك مقدم على الجار.

ومنها : أن يوكل الشفيع ببيعها ، فإذا باعها بطلت شفعته.

ومنها : أن يبيعها بشرط [أن يضمن الشفيع الدار][3] ، أو يضمن الثمن للبائع ، فإذا ضمن بطلت شفعته.

ومنها : أن يبيعها بشرط [4] الخيار للشفيع ثلاثة أيام ، فلا شفعة له قبل إسقاط الخيار ، وإذا أسقط الخيار بطلت شفعته

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسختي م و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ق و م وف.

(٣) وفي نسختي ق و م : [illegible].

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وف.

وأما التي ترجع إلى تقليل الرغبة: أن يبيع عشر الدار من المشتري بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشار الدار بعشر الثمن، فلا يرغب الشفيع في أخذ العشر لكثرة الثمن، ولا حق له في الباقي؛ لأن المشتري شريك وقت شراء الباقي، فلو أن المشتري في هذه الصورة خاف أنه لو اشترى العشر بتسعة أعشار الثمن، لا يبيع البائع الباقي بعشر الثمن، فالحيلة في ذلك للمشتري أن يشتري العشر على خيار ثلاثة أيام حتى إن البائع إن أبى أن يبيع الباقي، فالمشتري يفسخ البيع في العشر بحكم الخيار، فلو أن البائع خاف في هذه الصورة أنه إن باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري البيع في العشر الأول بحكم الخيار، فالحيلة للبائع أن يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، ثم يجيزان البيعين معًا، فإن خاف كل واحد منهما أنه إن أجاز لم يجز صاحبه، فالحيلة في ذلك أن يوكل واحد منهما وكيلا بإجازة البائع، ويشترط على الوكيل أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه، ولا يجيز إن لم يجز صاحبه.

ومنها: أن يشتري الدار بثمن كثير، ثم يعطي المشتري بذلك شيئًا من خلاف جنسه هو أقل قيمة منه، فإذا أراد الشفيع أن يأخذ، فإنه يأخذ بذلك الثمن الكثير، فلا يرغب فيه لكثرة الثمن.

ومنها وهو قريب مما تقدم: أنه إذا أراد أن يشتري دارًا قيمتها عشرة آلاف درهم بعشرة آلاف وعشرة: ينبغي أن يشتريه بعشرين ألف درهم، ويعطيه عشرة آلاف درهم، ودينارًا بعشرة الآلاف، فإذا أراد الشفيع الأخذ يأخذ بعشرين ألف درهم؛ لأن الشراء وقع بهذا القدر، وإن استحق الدينار رجع على البائع بما أدى من الدراهم والدينار فقط؛ لأنه لما استحق الدينار بطل الصرف؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن عليه، فصار كمن اشترى من آخر دينارًا بعشرة عليه، ثم تصادقا أنه لا دين عليه، فإنه يبطل الصرف، ويرد الدينار، كذا هنا.

ومنها: أن يبيع البناء من الدار من المشتري بنقضه بثمن قليل، ويبيع الساحة بثمن كثير، فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء، ويجب في الساحة، ولكن لا يرغب في الساحة لكثرة الثمن.

ومنها: أن قيمة الدار إذا كانت ألفًا مثلا، يبيع مشتري الدار شقصًا من أجنبي بمائة

الفصل العشرون

في المتفرقات

١٣٤٥٥ - ذكر محمد في "الجامع الكبير" : أن الشفيع إذا باع بعض داره التي يستحق بها الشفعة مشاعًا غير مقسوم بعد بيع الدار المشفوعة ، لا يبطل به شفعته .

الأصل في هذه المسائل وأجناسها : أن الشفيع متى أحدث في الدار التي يستحق بها الشفعة حدثًا بعد البيع والطلب قبل الأخذ ما لو أحدث بعد البيع قبل الطلب ، أو قبل البيع ، منع الطلب وجوب الشفعة ، منع الأخذ ، وما لا يمنع الطلب ، ووجوب الشفعة لا يمنع الأخذ بالشفعة ، إذ المقصود من الطلب الأخذ .

١٣٤٥٦ - إذا ثبت هذا فنقول : بيع بعض الدار التي يستحق بها الشفعة مشاعًا قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب لا يمنع وجوب الشفعة ، وطلبها لقيام الجوار في بعض الدار ، فبعد البيع والطلب لا يمنع الأخذ ، وكذلك إذا باع بعضها مقسومًا مما لا يلي جانب الدار المبيعة ، لا تبطل شفعته ، وإن باع بعضها مقسومًا مما يلي الدار المبيعة ، تبطل به شفعته ؛ لأن ما أحدث لو أحدثه قبل البيع ، أو بعد البيع قبل الطلب ، يمنع وجوب الشفعة ، وطلبه لزوال الجوار وقت البيع ووقت الطلب ، فيمنع الأخذ بالشفعة .

١٣٤٥٧ - داران طريقهما واحد ، وأحد الدارين بين رجلين ، والأخرى لرجل خاصة ، باع صاحب الخاصة داره ، فللآخرين الشفعة في الطريق ، فإن اقتسما الدار المشترى ، فأصاب أحدهما بعض الدار مع كل الطريق الذي كان لها ، وأصاب الآخر بعض الدار بلا طريق ، وفتح الذي لا طريق له لنصيبه بابًا إلى الطريق الأعظم ، وهما جميعًا جاران للدار التي بيعت ، فالذي صار الطريق له أحق بالشفعة ؛ لأنه بقي في شركة الطريق ، فإن سلم هو الشفعة ، أخذه الآخر بالجوار ، ولا تبطل شفعته بسبب هذه القسمة ، وطلبها للآخر ؛ لأن الجار مع الخليط شفيع ، إلا أن الخليط مقدم على الجار ، فلا يمنع الأخذ بالشفعة أيضًا .

١٣٤٥٨ - في "الأصل": إذا بنى الشفيع في الدار التي أخذها بالشفعة بناء، ثم استحقت الدار من يده، رجع على الذي أخذ الدار منه بالثمن، ولم يرجع بقيمة البناء، بخلاف المشتري إذا بنى ثم استحقت الدار من يده، فإنه يرجع بقيمة البناء، كما يرجع بالثمن، والفرق أن رجوع المشتري بقيمة البناء من حيث إن البائع ضمن سلامة البناء للمشتري، وهذا المعنى لايتأتى في حق الشفيع؛ لأن المأخوذ منه الدار لم يضمن له سلامة البناء؛ لأن الشفيع أخذ الدار على كره منه، وضمان السلامة لايثبت بدون الرضا.

وفي "المنتقى": الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن الشفيع إن كان أخذ الدار بقضاء لايرجع بقيمة البناء، وإن كان أخذ بغير قضاء، يرجع بقيمة البناء، وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: أنه لا يرجع بقيمة البناء على كل حال، وهو قول أبي يوسف أولاً، وكان أبو يوسف يرويه عن أبي حنيفة أيضاً، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء على من أخذ الدار منه، وكتب عليه عهدته؛ لأنه بمنزلة البائع، ويستوي فيه الحكم وغير الحكم.

١٣٤٥٩ - في "الأصل": رجل زعم أنه باع داره من فلان بكذا، ولم يأخذ الثمن، فقال فلان: ما اشتريتها منك كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه في زعم البائع أن البيع ثابت، وحق الشفيع في ذلك، فكان للشفيع أن يأخذ البيع في ذلك بزعمه، هذا إذا أخبر أنه باع من فلان وفلان حاضر ينكر الشراء، فأما إذا كان غائباً، فلا خصومة للشفيع مع المشتري حتى يحضر المشتري؛ لأن الشراء من الغائب قد ثبت بتصديق البائع والشفيع، فيعتبر بما لو كان ثابتاً معاينة، ولو كان ثابتاً معاينة، وغاب المشتري، فلا خصومة للشفيع مع البائع إلى أن يحضر المشتري؛ لأن الملك يستحق عليه، فلا بد من حضرته، فكذا هنا.

ذكر في "المنتقى" في أول باب طلب الشفعة: قال هشام: سألت محمداً عن رجل باع داراً إلى جنب رجل وهو شفيعها، والشفيع يزعم أن الدار المبيعة له، ويخاف أنه إن ادعى رقبتها تبطل شفعته، وإن ادعى الشفعة تبطل دعوى الرقبة، فكيف يصنع؟ فأجاب، وقال: ينبغي أن يقول: هذه الدار داري، وأنا أدعي رقبتها، فإن وصلت إليها

وىلا قال على شفعتي فيها ، فإذا قال : عندك لا تبطل شفعته بدعواه الرقبة .

٢٤٤٦٠ - وفي "النوادر" : دار بيعت ، وفيها دعوى لرجل هو شفيعها ، فأراد أن يطلب الشفعة على وجه لا يبطل دعواه ، ينبغي أن يقول : طلبت الشفعة إن لم يثبت لي فيها الحق الذي أدعي فيه .

٢٤٤٦١ - وفي "المنتقى" في آخر باب طلب الشفعة : إذا باع الرجل داره ، فادعى رجل إنها داري ، وأنا أقيم البينة ، فإن لم تترك بيتي ، فأنا آخذها بالشفعة ؛ لأن داري لزيقها ، فلا شفعة له فيها من قبل أنه ادعى ملكها ، وزعم أنه لا شفعة له فيها .

٢٤٤٦٢ - وفيه أيضاً : رجل له دار غصبها غاصب ، فبيعت دار بجنبها ، والغاصب والمشتري جاحدان الدار للشفيع ، ينبغي للشفيع أن يطلب الشفعة حتى إذا أقام البينة على الملك يتبين أن الشفعة كانت ثابتة له ، وإذا طلب خاصم الغاصب إلى القاضي ، وأخبره عن صورة الأمر ، فبعد ذلك إن أقام البينة ، قضى القاضي بالدار وبالشفعة في الدار الأخرى ، وإن لم يقم البينة ، فالقاضي يحلفهما جميعاً .

فبعد ذلك المسألة على وجوه : إن حلفا فالقاضي لا يقضي له بأحد الدارين ، وإن نكلا ، فالقاضي يقضي له بالدارين ، وإن حلف الغاصب ، ونكل المشتري لا يقضي له بالدار المغصوبة ، ويقضي له بالشفعة ، وإن حلف المشتري ، ونكل الغاصب ، يقضي له بالدار المغصوبة ، ولا يقضي له بالشفعة ؛ لأن النكول إقرار ، وإقرار كل مقر حجة عليه خاصة .

وذكر هشام في "نوادره" : سمعت أبا يوسف يقول : في رجل صالح رجلاً في دار ادعاها في يده على مائة درهم وهو جاحد ، فأقام الشفيع البينة أنها للذي ادعاها ، فله أن يأخذها بالشفعة .

في "القدوري" : اشترى داراً وله شفيع ، فبيعت دار إلى جنب هذه الدار ، فطالب بالشفعة وقضي له ، ثم حضر الشفيع قضي له بالدار الأولى بجواره ، وبعض الحكم في الثانية للمشتري ؛ لأنه كان جاراً له حالة البيع ، وحكم له ، فبطلان الجوار بعد ذلك لا يبطل الحكم الواقع ، كما لو بيع الدار المشفوع بها ، ولو كان الأول جاراً للدارين ، حكم له بالدار الأولى بالجوار ، وبنصف الدار الثانية ؛ لأن الشفيع مع المشتري جاران للدار

الثانية

١٣٤٦٣ - وروي عن أبي يوسف رحمه الله: فيمن اشترى نصف دار، ثم اشترى آخر نصفها الآخر، فخاصمه المشتري الأول، فقضي له بالشفعة بالشركة، ثم خاصمه جار في الشفعتين. فالجار أحق بشراء الأول، ولا حق له في الثاني، وكذلك لو اشترى نصفها؛ لأنه شريك وقت شراء النصف الثاني، فكان أولى بالشفعة من الجار، ولو كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول، فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول، فالجار أحق بالنصف الثاني؛ لأن ملك المشتري الأول زال قبل الأخذ بالشفعة، فيبطل حقه في الشفعة.

١٣٤٦٤ - ولو أن رجلاً ورث داراً، فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة، ثم بيعت دار أخرى بجنب الدار الثانية، ثم استحقت الدار الموروثة، فطلب المستحق الشفعة، فإنه يأخذ الدار الثانية، ويكون الوارث أحق بالدار الثالثة، هكذا ذكر القدوري، ولم يذكر ما إذا لم يطلب المستحق الشفعة، وذكر في «المنتقى» أن الدار الثانية ترد على من قضي عليه بالشفعة، يعني الذي كان اشتراها، والدار الثالثة تترك في يدي الذي هي في يديه.

١٣٤٦٥ - في الباب الأول من شفعة «الجامع»: رجل اشترى داراً وقبضها، فأراد الشفيع أخذها، فقال المشتري: بعتها من فلان، وخرجت من يدي، ثم أودعنيها، لم يصدق، وجعل خصماً للشفيع؛ لأن الشفيع ادعى لنفسه حقاً في هذه الدار، وذو اليد أقر أنه كان خصماً له، ثم ادعى أنه لم يبق خصماً، فلا يصدق، وإن أقام البينة على ذلك، لا تسمع بينته، وكذلك لو قال: وهبتها لفلان، وقبضها، ثم أودعنيها، لا يقبل قوله، ولو أقام على ذلك بينة، لا تسمع بينته، فإن حضر المشتري في الفصل الأول، والموهوب له في الفصل الثاني، وكان ذلك بعد قضاء القاضي للشفيع، وأقام على الشراء وعلى الهبة بينة، لا تسمع بينته، وكان القضاء بالشفعة قضاء على الشراء والهبة؛ لأن صاحب اليد صار مقضياً عليه، فكل من ادعى تلقي الملك من جهة صاحب اليد، يصير مقضياً عليه. ألا يرى أنه لو كان مكان دعوى الشفعة دعوى الملك في هذه الدار، وقضى القاضي بالملك للمدعي، ثم حضر المشتري والموهوب له، وأقام البينة على الشراء،

والهبة، لا تقبل بينته، كذا ههنا.

وفي الأبواب المتفرقة قبيل كتاب الصرف من الجامع: له دار في يدي رجل يدعي أنه اشتراها من فلان، ونقده الثمن، والدار تعرف لفلان، وادعى فلان أنه وهبها للمدعي، وأراد[1] أن يرجع في الهبة، فالقول قول فلان؛ لأن التمليك صادر من فلان باتفاقهما، فيكون القول قوله في بيان جهته، فإن لم يقض القاضي للواهب بالرجوع حتى حضر شفيع الدار، فهو أحق بالدار من الواهب؛ لأن صاحب اليد أقر بحق الشفعة للشفيع، وقد صح هذا الإقرار منه؛ لأن صاحب الدار أقر أنه ملك الدار من صاحب الدار اليد[2] والتمليك تسليط على التصرف، وإن تضمن ذلك إبطال حق المالك، ألا ترى أن صاحب اليد لو باعها صح، وإن تضمن ذلك إبطال حق الواهب في الرجوع، فيصح الإقرار بثبوت حق التملك للشفيع أيضًا، فإن لم يحضر الشفيع، قضى القاضي للواهب بالرجوع؛ لأن حقه ظاهر، وحق الشفيع لم يظهر، فإذا قضى له بالرجوع، ثم حضر الشفيع بعد الرجوع، وردت الدار على الشفيع، ولو كان صاحب اليد ادعى أنه اشتراها من فلان على أن فلانًا بالخيار، ونقده الثمن، وادعى فلان الهبة والتسليم، وحضر الشفيع، أخذها بالشفعة، وبطل الخيار.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن صاحب اليد مع صاحب الدار اتفقا على أنه لا شفعة للشفيع؛ لأن صاحب الدار يدعي الهبة، وصاحب اليد يدعي البيع بشرط الخيار للبائع، قلنا: صاحب الدار لما أقر بالهبة والتسليم إلى صاحب اليد، فقد أقر بثبوت الملك له، وإقراره بثبوت الملك له إسقاط منه للخيار، وصاحب اليد مقر بالشراء، فثبتت الشفعة بإقرار صاحب اليد بالشراء عند سقوط خيار صاحب الدار.

وفي الأصل: إذا كانت الدار في يد البائع، وقضى القاضي للشفيع بالشفعة على البائع، فطلب الشفيع من البائع الإقالة، فأقاله البائع، فالإقالة جائزة، وتعود الدار إلى ملك البائع، ولا تعود إلى ملك المشتري، ويجعل في حق المشتري، كأن البائع اشترى الدار من الشفيع.

---

(١) وفي نسخة ف: وأراد أن يرجع في الهبة

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ف.

وكذلك إن كانت الدار في يد المشتري، وقضى القاضي بالدار للشفيع، فقبل أن يقبض الشفيع الدار من المشتري أقال مع البائع، صحت الإقالة، وصارت الدار ملكًا للبائع في قول أبي حنيفة.

١٣٤٦٦ - في "الأصل" أيضًا: إذا مات المشتري، والشفيع حي، فللشفيع الشفعة، فإن كان على الميت دين لا يباع الدار في دينه، ويأخذها الشفيع بالشفعة، وإن تعلق بالدار حق الغريم والشفيع؛ لأن حق الشفيع آكد من حق الغريم[1]، فإن حق الشفعة في الصورة والمعنى، وهو المالية، وحق الغريم في المالية دون الصورة، فكان حق الشفيع مقدمًا.

١٣٤٦٧ - وفي "الأصل" أيضًا: إذا حط البائع من المشتري بعض الثمن، فهذه المسألة على وجهين: إما أن كان الحط قبل قبض الثمن من المشتري، أو بعده، فإن كان قبل قبض الثمن، صح الحط في حق المشتري والشفيع، حتى إن الشفيع يأخذ الدار بما وراء المحطوط؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فصار العقد القائم للحال عقدًا بما وراء المحطوط، فيأخذه الشفيع بذلك.

١٣٤٦٨ - وكذلك لو وهب بعض الثمن من المشتري، أو أبرأه عن بعض الثمن؛ لأن الهبة والإبراء قبل القبض بمنزلة الحط، وأما إذا حط الكل، أو وهب الكل، أو أبرأه عن الكل، صح في حق المشتري؛ لأنه لاقى دينًا قائمًا، ولكن لا يظهر في حق الشفيع حتى يأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن إن شاء؛ لأن هذا الحط لا يلتحق؛ لأنه لو التحق لبطل من حيث صح؛ لأن العقد بغير ثمن باطل، فلا يكون المحطوط ثمنًا، فلم يلتحق بأصل العقد، وبقي العقد في حق الشفيع بجميع الثمن، كما كان قبل ذلك.

فإن كانت هذه التفرقات بعد قبض البائع الثمن من المشتري، فالجواب في الحط والهبة ما ذكرنا قبل القبض.

إن حط البعض، أو وهب البعض، صح في حق المشتري والشفيع، ويجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري، ويأخذه الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب.

---

(١) وفي نسخة "ظ": آكد من حق الغريم والشفيع.

وإن حط الكل، أو وهب الكل، يصح ذلك في حق المشتري، ولا يصح في حق الشفيع، وأما الإبراء فالإبراء بعد القبض لا يصح في حق المشتري، ولا في حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن الكل، أو عن البعض.

وفي المسألة نوع إشكال: فإن الثمن بعد القبض إن اعتبر قائمًا في ذمة المشتري، فينبغي أن يصح الإبراء، كما يصح الهبة والحط، كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائمًا ينبغي أن لا يصح الهبة والحط، كما لا يصح الإبراء.

والجواب: الثمن باقٍ في ذمة المشتري بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أنه ليس للبائع ولاية المطالبة به؛ لأن المشتري يطالب بمثله، فلا يفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، وبعد ما برئ المشتري بالهبة، أو الحط، فمطالبة المشتري مفيدة؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك، لأن المشتري قد برئ، فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة. فأما الإبراء فإنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باقٍ في ذمة المشتري.

ولكن لأن الإبراء نوعان: إبراء بالاستيفاء، وإبراء بإسقاط الواجب، ولهذا يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقًا انصرف ذلك إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل، وصار كأنه نص عليه، فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته، ولا يلزم البائع رد شيء.

بخلاف الحط والهبة، فإنه نوع واحد، وهو الحط والهبة بطريق إسقاط الواجب، ولهذا لا يقال: حططت ووهبت حط استيفاء، فكأنه نص عليه.

١٣٤٦٩- ولو زاد المشتري في الثمن زيادة بعد العقد، يأخذ الشفيع الدار بالثمن الأول، ولا تظهر الزيادة في حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر في حق الشفيع، والفرق أن الزيادة تتضمن إبطال حق الشفيع، فإنه يثبت للشفيع حق الأخذ بالثمن الأول، والآن لو صحت الزيادة في حق الشفيع لا يتمكن من الأخذ بالثمن الأول، فلم تصح الزيادة

في حقه صيانة لحقه، أما الحط لا يتضمن إبطال حق الشفيع، بل فيه[1] منفعة للشفيع؛ لأن بالحط يخرج بعض الثمن عن العقد. فلهذا افترقا.

١٣٤٧٠- وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل اشترى من رجل أرضاً، وقبضها، فجاء الشفيع وطلب شفعتها، فسلمها المشتري إليه، ثم نقد المشتري الثمن، فوهب البائع منه من ذلك خمسة دراهم، وقد قبض المشتري من الشفيع جميع الثمن، فعلم الشفيع بالهبة، فليس له أن يسترد شيئاً، ولو وهب البائع خمسة دراهم من المشتري قبل قبض الثمن، كان للشفيع أن يسترد؛ لأن في الوجه الأول الهبة ليست بحط؛ لأنها هبة العين، بخلاف الوجه الثاني.

١٣٤٧١- في «المنتقى»: رجل اشترى داراً من رجل بألف درهم، وتقابضا، ثم زاده في الثمن ألفاً أخرى من غير أن يتناقضا البيع، ثم علم الشفيع بالألفين، ولم يعلم بالألف، فأخذها الشفيع بألفين بحكم، أو بغير حكم، فإن أخذها بحكم أبطله القاضي، ثم قضى له أن يأخذها بشفعة بالألف؛ لأنه كان قضاء له بغير ما وجبت به الشفعة، وإن أخذها بغير حكم، فهذا شراء مبتدأ، فلا ينتقض.

ولو كان المشتري حين اشتراها بألف وقبضها، تناقضا البيع، ثم اشتراها بألفين، ثم علم الشفيع بالبيع بألفين، ولم يعلم بالبيع بألف، وأخذها بالشفعة بألفين بحكم، أو بغير حكم، ثم علم بالبيع بألف لم يكن له أن ينقض أخذه؛ لأنه أخذ بما قد كان وجب له أخذها به. إذا باع الرجل داراً، وعبده التاجر شفيعها، فإن لم يكن عليه دين لا يأخذها، وإن كان عليه دين أخذها.

وكذلك إذا كان البائع هو العبد، والمولى شفيعها إذا اشترى الرجل أرضاً، وزرع فيها زرعاً، ثم جاء الشفيع، فله أن يأخذها، ويقلع الزرع قياساً.

وفي الاستحسان: لا يأخذها في الحال، ويترك في يدي المشتري إلى أن يستحصد الزرع؛ لأن المشتري محق في الزراعة من وجه، فإنه زرع في ملك نفسه، وكونه محقاً في الزراعة يمنع غيره عن قلع زرعه، ومتعد[2] الزراعة من وجه من حيث إنه

(١) هكذا في نسختي «ظ» و«ف»، وكان في نسخة «م»: جهة مكان فيه.

(٢) هكذا في نسختي «م» و«ف»، وكان في نسخة «ظ»: أو متعد.

زرع فيما هو حق الغير، وإنه مطلق القلع لصاحب الحق، إلا أنا لو اعتبرنا كونه محقًا لا يبطل حق الشفيع أصلاً، بل يتأخر؛ لأن لإدراك الزرع غاية معلومة، ولو اعتبرنا جانب كونه متعديًا، يبطل حق المشتري في الزرع أصلاً.

ولا شك أن التأخير أولى من الإبطال حتى لو كان مكان الزرع بناءً، أو غرسًا، أو رطبة يؤمر المشتري بقلع هذه الأشياء؛ إذ ليس لهذه الأشياء نهاية معلومة، والتأخير لا إلى غاية معلومة إبطال، فاستوى الجانبان في معنى الإبطال، فراعينا جانب الشفيع؛ لأنه ليس بمتعد أصلاً، والمشتري متعدٍ من وجه، ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يتركه بغير أجر.

وروي عن أبي يوسف: أنه يترك بأجر المثل، وكان أبو يوسف قاس هذا على ما إذا انقضت مدة الإجارة والأرض، لم يستحصد بعد، حتى ترك في يد المستأجر يترك بأجر المثل.

وفي ظاهر الرواية فرق بينهما؛ لأن المشتري مالك الرقبة، وإيجاب الأجر على مالك الرقبة متعذر، وإنه مستقيم.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يحكي عن الشيخ الإمام الزاهد أبي حفص الكبير: أنه كان يقول: بتسليم المشتري الأرض إلى الشفيع، ثم يستأجر منه مدة معلومة يعلم أن الزرع يدرك في مثله نظرًا للشفيع والمشتري.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد هذا يقول ما قاله الشيخ. لا يصح على قول محمد؛ لأن الأرض مشغولة بزرع رب الأرض، فيمنع التسليم، وإذا منع التسليم صار الشفيع مؤاجرًا للأرض قبل القبض، ومن مذهبه أن إجارة العقار قبل القبض لا يجوز، وإنما يصح هذا الجواب على قولهما؛ لأن عندهما إجارة العقار قبل القبض جائزة.

ومن هذا الجنس في "فتاوى الفقيه أبي الليث": وصورتها: رجل أخذ أرضًا مزارعة، وزرعها، فلما صار الزرع بقلاً اشترى المزارع الأرض مع نصيب رب الأرض من الزرع، ثم جاء الشفيع، فله الشفعة في الأرض، وفي نصف الزرع، لكن لا يأخذ حتى يدرك الزرع؛ لأن نصف الأرض مشغول بنصيب المزارع، ولم يجب فيها الشفعة،

وكان المزارع أحق به حتى يدرك.

١٣٤٧٢ - في "المنتقى": رجل اشترى دارًا، ولها شفيع، فقال الشفيع: أجزت البيع، وأنا آخذ بالشفعة، أو قال: رضيت بالبيع، وأنا آخذ بالشفعة، أو قال: سلمت البيع، وأنا آخذ بالشفعة، فلا شفعة له.

١٣٤٧٣ - في "المنتقى" أيضًا عن محمد: رجل اشترى من آخر دارًا، وجاء شفيع الدار، وادعى أنه كان اشترى هذه الدار من البائع قبل شراء هذا المشتري، فأقر المشتري بذلك، ودفع الدار إلى الشفيع، ثم قدم شفيع آخر، وأنكر شراء الشفيع، أخذ الدار كلها بالشفعة؛ لأن الأول لم يأخذها بالشفعة، ولم يطلب شفعته، فبطلت شفعته لترك الطلب، ولو كان الشفيع حين أقر له المشتري بما أقر كذبه في إقراره.

معنى المسألة: أنه إذا قال المشتري للشفيع ابتداء: قد كنت اشتريت هذه الدار قبل شرائي، وهي لك بشرائك قبل، وقال الشفيع: ما اشتريتها، وأنا آخذها بشفعتي، فأخذها الشفيع من المشتري، ثم قدم الشفيع الآخر، فليس له إلا نصفها.

في "الفتاوى": سئل أبو بكر عمن له ضيعة عليها خراج كثير، ومؤن كثيرة لا يشترى بشيء، فباعها مع دار قيمتها ألف درهم بألف درهم، فجاء الشفيع للدار، بكم يأخذ الدار؟ قال: سئل أبو نصر عن هذا، فلم يجب.

قال الفقيه أبو الليث: وعندي أن الضيعة إذا كانت بحال يشتريها أحد من أصحاب السلطان بشيء يقسم الألف على ما يشترى به الضيعة، وعلى قيمة الدار، وإن كانت الضيعة لا يشتريها أحد قسمت الألف على قيمة الأرض في آخر الوقت الذي ذهبت عنها رغبات الناس، وعلى قيمة الدار؛ لأنه لا بد من القسمة، ولا بد للقسمة من القيمة، وإن لم يكن لها قيمة للحال يعتبر قيمتها في آخر الوقت الذي ذهبت عنها رغبات الناس.

ويمكن أن يقال على قول أبي حنيفة: يجعل كل الألف بمقابلة الدار إذا لم يكن للضيعة قيمة أصلا، وأصله: إذا تزوج امرأتين على ألف درهم، إحداهما تحل له، والأخرى لا تحل له.

١٣٤٧٤ - رجل ادعى قبل رجل شفعة بالجوار، والمشتري لا يرى الشفعة بالجوار،

وأنكر شفعته، يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار؛ لأنه لو حلف بالله ما لهذا قبلك شفعة، فيفوت حق المدعي.

في الفتاوى العتابية أبي الليث: وفي هذا الموضع أيضاً: رجل اشترى داراً لم يقبضها حتى بيعت دار أخرى بجنبها، فللمشتري الشفعة؛ لأنه ملكها بنفس الشراء، فثبت له الجوار.

١٣٤٧٥ - وفي هذا الموضع أيضاً: رجل طلب الشفعة في دار، فقال له المشتري: دفعتها إليك، فهذا على وجهين: الأول: إن علم الشفيع بالثمن، وفي هذا الوجه التسليم صحيح، وصار الدار ملكاً للشفيع؛ لأن المشتري ملكها منه، ويصح التمليك.

الوجه الثاني: إذا لم يعلم الشفيع بالثمن، وفي هذا الوجه لا تصير الدار ملكاً للمشتري، وهو على شفعته؛ لأن التمليك لم يصح.

١٣٤٧٦ - وفي هذا الموضع أيضاً: رجل أسلم داراً في مائة قفيز حنطة، وسلم، فجاء الشفيع فله الشفعة؛ لأنه ملك بعقد المعاوضة، ولو لم يسلم الدار حتى افترقا، بطل السلم لمكان الافتراق، ولا شفعة للشفيع؛ لأن هذا ليس بعقد، وإن لم يفترقا حتى تناقضا السلم، ثم افترقا كان للشفيع الشفعة؛ لأن الإقالة عقد جديد في حق الثالث.

في الخانية: رجل في يديه دار، جاء رجل وادعى شفعتها، قال الذي في يده: هذه الدار اشتريتها من فلان، وصدقه البائع في ذلك، وقال الذي في يديه الدار: ورثتها عن أبي، فأقام الشفيع البينة أنها كانت لأب البائع، مات، وتركها ميراثاً للبائع، ولم يقم البينة على البيع، فالقاضي يقول للذي في يديه: إن شئت فصدق، وخذ منه الثمن، وتكون العهدة عليك، وإن أبى ذلك، أخذ الشفيع الدار، ودفع الثمن إلى البائع، ويرد البائع الثمن على المشتري، والعهدة على البائع، وإنما قبلت بينة الشفيع على إثبات الملك للبائع؛ لأن ملك البائع سبب ثبوت حقه في الشفعة.

ألا ترى أنه لو ادعى أن هذه ملكه اشتراها من فلان، وفلان يملكه، وقال ذو اليد: ورثتها عن أبي، فأقام المدعي بينة أن الدار كانت لأب البائع، مات، وتركها ميراثاً للبائع، والبائع مقر بالبيع، وقبض الثمن من المدعي، تقبل بينة المدعي، وإنما تقبل لما قلنا.

وإذا قبلت بينته صار الثابت بها كالثابت عيانًا، ولو عاينا أن الدار ملك البائع، والبائع يقول: بعتها من ذي اليد بكذا، وقبضت منه الثمن، كان القول قوله، وصار مسألتنا. دار مملوكة لإنسان في يد رجل أقر صاحب اليد ببيعها من صاحب اليد، وقبض الثمن منه، وأنكر صاحب اليد الشراء جاء شفيع الدار. فطلب الشفعة، وهناك يقال لصاحب اليد[1]: إن شئت، فصدق البائع في دعوى البيع، حتى يأخذه الشفيع منك، ويكون العهدة عليك، وإن شئت، فكذب البائع، ورد الدار على البائع حتى يأخذوا الشفيع منه، ويكون العهدة عليه، كذا ههنا.

وكذلك لو قال الذي في يديه: وهبها لي فلان، وقال الشفيع: اشتريتها من فلان، وصدق البائع الشفيع، فهو على ما وصفت لك.

١٣٤٧٧ - وفيه أيضًا: رجل اشترى دارًا بعبد، ولم يتقابضا حتى اعور العبد، ورضي المشتري بالعبد، أو اختار تركه، كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، أما إذا رضي به المشتري، فظاهر، وأما إذا اختار تركه فلأن البيع وإن انفسخ من كل وجه بالرد بالعيب قبل القبض إلا أن حق الشفيع لا يبطل بانفساخ البيع على ما مر، ويأخذها بقيمة العبد صحيحًا.

وكان ينبغي أن يأخذها بقيمة العبد معيبًا؛ لأن بائع الدار لما رضي بالعبد مع العيب، فقد سقط عن مشتري الدار بعض ثمنها، وما يحط عن المشتري يحط عن الشفيع.

قلنا: هذا هكذا إذا كان ما حط عن المشتري متبوعًا أصلا بنفسه؛ لأنه حينئذ يلتحق بأصل العقد، ويجعل كالموجود لدى العقد، أما إذا كان تبعًا، ووصفا من أوصاف الثمن لا يحط من الشفيع ما حط عن المشتري.

ألا ترى أن من اشترى دارًا بألف درهم جياد، ونقد ألف درهم زيوف، ويجوز به[2] البائع، ثم حضر الشفيع يأخذ الدار بألف جياد، وطريقه ما قلنا. خيار الرؤية يثبت للشفيع بدون شرط، وكذلك خيار العيب، وخيار الشرط لا يثبت بدون الشرط حتى إن

(١) وفي نسخة "ظ": لصاحب الدار.

(٢) وفي نسخة "ب": يجوز له.

من اشترى داراً ، وشرط الخيار لنفسه ، فأخذها الشفيع ، فلا خيار له ، وهذا لأن الأخذ بالشفعة شراء حكماً ، فيعتبر بالشراء حقيقة.

ولو اشتراها الشفيع حقيقة ، يثبت له خيار الرؤية ، وخيار العيب من غير شرط ، ولا يثبت خيار الشرط إلا بالشرط ، فكذا إذا اشتراها حكماً.

١٣٤٧٨- رجل اشترى داراً لم يرها ، فبيعت دار بجنبها ، وأخذها بالشفعة لم يبطل خياره ، بخلاف خيار الشرط ، وهذا لأنه لو بطل خياره ، إنما يبطل من حيث إنها جعل دليل الرضا إلا أن دليل الرضا لا يربو على صريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل خيار الرؤية ، فبدليل الرضا أولى هذا إذا كان الأخذ بالشفعة قبل رؤية الدار المشتراة.

أما إذا كان بعدها يبطل خيار الرؤية ؛ لأن هذا دليل الرضا ، وتصريح الرضا بعد الرؤية يبطل خيار الرؤية ، فكذا دليل الرضا في شرح الطحاوي .

١٣٤٧٩- في الأصل : اشترى داراً ، وهو شفيعها ، ولها شفيع غائب ، وتصدق المشتري ببيت منها ، وطريقه على رجل ، ثم باع ما بقي منها ، ثم قدم الشفيع الغائب ، فأراد أن ينقض صدقة المشتري وبيعه .

فهذا على الوجهين : الأول : إذا باع ما بقي من الدار من المتصدق عليه ، وفي هذا الوجه ليس له أن ينقض صدقته في الكل ، إنما ينقض في النصف ؛ لأن الدار مشترك بين المشتري ، وبين الغائب بحق الشفعة ، فيعتبر بما لو كانت مشتركاً بينهما بحقيقة الملك ؛ ولو كانت مشتركة بينهما بحقيقة الملك ، باع أحدهما موضعاً بعينه منها ، أو تصدق على رجل ، ثم باع الباقي منه لم يكن للشريك الآخر أن ينقض تصدقه في الكل ، وإنما ينقض في النصف ، كذا هيهنا .

الوجه الثاني : إذا باع باقي الدار من رجل آخر ، كان للغائب أن ينقض تصدقه في الكل .

ألا يرى أنها لو كانت مشتركة بينهما شركة ملك ، فتصدق أحدهما على هذا الوجه كان للآخر أن ينقض تصدقه في الكل ؛ لأنه يحتاج إلى أن يقسم مع اثنين ، وربما يتفرق نصيبه ، فيلحقه زيادة ضرر ، ولا كذلك في الوجه الأول

في "الأصل" أيضًا: تسليم الشفعة في البيع تسليم في الهبة بشرط العوض، حتى إن الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة، ثم تبين أنه لم يكن بيعًا، وكان هبة بشرط العوض، فلا شفعة له، وكذلك تسليم الشفعة في الهبة بشرط العوض تسليم في البيع، وهكذا كما عرف أن الهبة بشرط العوض والبيع واحد، فكان التسليم في أحدهما تسليمًا في الآخر.

١٣٤٨٠ - في "فتاوى الفضلي": رجل اشترى دارًا وهو شفيعها بالجوار، فطلب جار آخر فيها الشفعة، فسلم المشتري الدار كلها إليه، كان نصف الدار له بالشفعة، والنصف بالشراء.

١٣٤٨١ - في "فتاوى أهل سمرقند": أجمة بين اثنين ورثا عن أبيهما، ولا يعلم أحدهما نصيبه أن له فيه نصيبًا، فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه، فلم يطلب هو الشفعة، فلما أخبر أن له فيها نصيب طلب الشفعة، فلا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة، إذ هو عند العلم ما سلم، والجهل ليس بعذر.

١٣٤٨٢ - وفي "فتاوى الفضلي": إذا قال المشتري للشفيع: رد علي الثمن، وذلك الشفعة، فهذا لا يكون تسليمًا للدار، والشفيع على شفعته؛ لأن قوله: ولك الشفعة إن كان إخبارًا أن له الشفعة، فهو صادق في هذا الخبر، وإن كان تسليمًا للدار كان تسليمًا معلقًا بأداء الثمن، والتسليم على هذا الوجه لا يصح لمعنى التمليك.

١٣٤٨٣ - فيه أيضًا: رجل له خمس منازل في زقاق غير نافذة، باع هذه المنازل، فطلب الشفيع الشفعة في واحد من المنازل، فهذا على وجهين: الأول: أن طلب بحق الشركة في الطريق، وفي هذا الوجه ليس له ذلك؛ لأنه تفريق من غير ضرورة؛ لأن السبب عم الكل.

الوجه الثاني: أن يطلب الشفعة بحق الجوار، وجواره في هذا المنزل لا غير، وفي هذا الوجه له ذلك؛ لأن السبب في هذا[١] واحد، انتهى -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-

---

(١) وفي نسخة "ف": لأن السبب خص هذا الواحد.

كتاب القسمة

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة عشر فصلا:

الفصل الأول: في بيان ماهية القسمة

الفصل الثاني في بيان كيفية القسمة.

الفصل الثالث: في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز من ذلك وما لا يجوز.

الفصل الرابع: فيما يدخل تحت القسمة من غير ذكر، وما لا يدخل

الفصل الخامس: في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها.

الفصل السادس: في الخيار في القسمة.

الفصل السابع: في بيان من يلي القسمة على الغير ومن لا يلي

الفصل الثامن: في قسمة التركة وعلى الميت أو له دين أو موصى له، وفي ظهور الدين بعد القسمة، وفي دعوى الوارث دينا في التركة أو عينا من أعيان التركة.

الفصل التاسع: في الغرور في القسمة.

الفصل العاشر: في القسم يستحق منها شيء.

الفصل الحادي عشر: في دعوى الغلط في القسمة.

الفصل الثاني عشر: في المهايأة.

الفصل الثالث عشر: في المتفرقات.

الفصل الأول

في بيان ماهية القسمة

١٣٤٨٤ - فنقول : القسمة نوعان : قسمة في ذوات الأمثال : كالمكيلات والموزونات ، والعدديات المتقاربة ، وقسمة في غير ذوات الأمثال : من العدديات المتفاوتة كالثياب والأغنام ، فالقسمة في ذوات الأمثال إفراز وقبض لعين الحق حكمًا مبايعة من حيث الحقيقة من وجه ؛ لأن ما قبضه كل واحد منهما نصف ملكه من الأصل حقيقةً ونصف ملك صاحبه ، صار له من جهة صاحبه بالقسمة ، فهو معنى قولنا : إنها مبايعة من حيث الحقيقة من وجه إلا أن ما أخذ كل واحد منهما من نصيب صاحبه مثل ما ترك عليه بيقين ، وأخذ مثل الحق بمنزلة أخذ عين الحق حكمًا .

ألا ترى أن أخذ المال في القرض جُعل كأخذ العين حكمًا ، حتى لم تثبت المبادلة بين المستقرض وبين المأخوذ[١] ، فهو معنى قولنا : إنها إفراز لعين الحق حكمًا ، ففي كل موضع يمكن العمل بشبه الإفراز والمبايعة يعمل بهما ، وفي كل موضع لا يمكن العمل بالشبهين يعمل بشبه الإفراز ؛ لأن شبه الإفراز راجح ؛ لأنه ثابت حكمًا من كل وجه ، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير رضى صاحبه .

١٣٤٨٥ - وإذا اشترى رجلان مكيلًا أو موزونًا بدراهم ، واقتسماها فيما بينهما ، فلكل واحد منهما أن يبيع نصفه مرابحة بنصف الدراهم .

فإن قيل : أليس أن محمدًا رحمه الله ذكر في آخر كتاب القسمة إذا كان وصي الذمي مسلمًا ، وفي التركة خمور وخنازير ، أنه يكره له قسمتهما ، ولو كان الرجحان في هذه القسمة لشبه الإفراز ، ينبغي أن يجوز من غير كراهة ، فإن الذمي إذا وكّل مسلمًا أن يقبض خمرًا له ، جاز للوكيل قبضها من غير كراهة ؟

قلنا : ذكر شمس الأئمة الحلواني : أنه إذا كان في التركة الخمور ولا غير ، لا يكره

(١) وفي نسخة : " والقرض " مكان " وبين المأخوذ " .

الوصي المسلم قسمتها؛ لأن هذه القسمة إفراز محض ليس فيها شبهة المبادلة، والمسلم يملك قبض خمر الذمي، وإنما يكره القسمة إذا كان مع الخمور الخنازير؛ لأن القسمة حينئذ يكون مبادلة، وغيره من المشايخ قالوا: لا، بل يكره قسمة الخمور وحدها للمسلم؛ لأن العمل بالشبهين في قسمة الخمر ممكن بإثبات الكراهة، ومعنى الكراهة هذا بين الحلال المطلق والحرام المحض؛ لأنها لو كانت إفرازًا من كل وجه كانت حلالًا، ولو كانت مبايعة من كل وجه كانت حرامًا، فإذا كانت مبايعة حقيقةً من وجه إفرازًا حكمًا أثبتنا حكمًا بين الحلال والحرام المحض.

وأما القسم في غير ذوات الأمثال فشبه المبادلة فيه راجح؛ لأنها إفراز حكمًا من وجه مبايعة من وجه، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه، أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل ما ترك على صاحبه باعتبار القسمة، وأخذ المثل كأخذ العين حكمًا، فكان إفرازًا إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين؛ لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال.

وفيما ليس من ذوات الأمثال لا تثبت المعادلة بيقين، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم، ثم ترجحت المبايعة بالحقيقة، وهذا لأن الحقيقة وإن كانت لا تصلح علة لإثبات الحكم بنفسها، لكنها تصلح للترجيح، ولهذا يكره بيع المرابحة؛ لأن الرجحان للمبايعة في غير ذوات الأمثال، فيكون مشتريًا نصف ما أخذ بمثل ما ترك على صاحبه من الثوب، وإذا قال: اشتريت بالدراهم، كان ذلك منه خيانة.

فإن قيل: لو كان الرجحان في هذه القسمة للمبايعة لكان لا يجبر الآبي عليه، وبالإجماع يجبر، وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى إن الشريكين إذا اقتسما دارًا أو أرضًا بينهما، وبنى أحدهما في نصيبه بناء، ثم جاء مستحق، واستحق الطائفة التي بنى فيها، ونقض بناءه، لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء، ولو كان الرجحان لجانب المبايعة لثبت الغرور، كما في الشراء.

قلنا: الجبر على هذه المبايعة ينقطع ارتفاق الآبي بملك صاحبه، ويجوز أن يجري الجبر على المبايعة باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشتري يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعة إنما يجبر لحق الشفيع، وألا يرى أن المديون

يحبس حتى يبيع ماله، ويقضي الدين، فجريان الجبر عليه لا ينفي كونها مبايعة

وأما الثاني فقلنا إنه لا يثبت الغرور لأن كل واحد منهما مضطر في هذه المبايعة، لأنه يحتاج إلى تخليص حقه، ويمنع صاحبه عن الارتفاق بملكه، ولا يمكنه ذلك إلا بهذه المبايعة لإحياء حقه[1]، والجبر كما يثبت بالإكراه يثبت بالحاجة إلى إحياء الحق، كصاحب العلو إذا بنى السفل، وإذا كان مجبراً على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور، كالشفيع إذا أخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي - والله أعلم بالصواب -.

(١) وفي ظ : لإحياء حقه، فيكون مضطراً إلى هذه المبايعة .

الفصل الثاني

في بيان كيفية القسمة

في "المنتقى" : ابن سماعة عن أبي يوسف قال : كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى القسمة على ما كان يصنع ابن أبي ليلى ، ولكنه يقوّم الذرع من الأرض دراهم ، ويقوّم البناء دراهم ، ويقوّم الجذوع دراهم ، وكذلك في الأرض والشجر يقسمهما ، فيعطي كل إنسان ما أصابه ، فإن كان في يده فضل أخذه ، وإن نقص زاده حتى يوفيه .

١٢٤٨٦ - في الأصل كان أبو حنيفة يقول : في العلو الذي لا سفل له ، وفي السفل الذي لا علو له بأنه كان علو مشترك بين رجلين ، وسفله لرجل آخر ، وسفل مشترك بين هذين الرجلين ، وعلوه لآخر ، يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ، وقال محمد رحمه الله : يقسم على قيمة السفل والعلو ، فإن كان قيمتهما على السواء ، يحسب ذراع بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الأخرى ، يحسب من الذي قيمته على السفل ذراع بذراعين من الأخرى حتى يستويا في القيمة .

قيل : إن أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناءً على ما شاهده من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو في السكنى ، وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناءً على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ، ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادة في ذلك في البلدان ، فقال . يقسم على القيمة ، وقيل : هذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله لصاحب السفل منفعتان ، منفعة بظاهره ، ومنفعة بباطنه ، بأن يحفر في السفل سرداباً ، فإن لم يكن له ذلك إذا لم يضر بالعلو ، ولصاحب العلو منفعة واحدة ، وهو أن يسكن فيه ، أما ليس له أن يبني على علوه ما أضر بصاحب السفل أو لم يضر ، فكان ذراعاً من السفل بذراعين من العلو من هذا الوجه .

أو يقول : العلو منتفع في حالة واحدة ، وهي حالة قيام السفل ، والسفل ينتفع في

حالتين: حالة قيام العلو وحالة فواته، فكانت منفعة العلو على نصف منفعة السفل، فصار ذراعا من السفل بذراعين من العلو لهذا.

وعندهما: لصاحب العلو أن يتصرف في علوه تصرفا لا يضر بصاحب السفل، كما أن لصاحب السفل أن يتصرف في سفله تصرفا لا يضر بصاحب العلو، فاستويا في المنفعة.

قال أبو يوسف رحمه الله بعدما استويا في المنفعة يحتسب ذراع من السفل بذراع من العلو، وقال محمد رحمه الله: مع أنهما استويا في المنفعة يعتبر القيمة في القسمة؛ لأن في بعض البلدان يكون السفل أكثر قيمة، وفي بعض البلدان يكون العلو أكثر قيمة، وربما يختلف ذلك باختلاف الأوقات، فلا يتبين(١) المعادلة إلا بالقيمة.

وقول محمد رحمه الله في الكتاب إن قول أبي يوسف رحمه الله: يحتسب العلو بالنصف، والسفل بالنصف، فذلك في مسألة أخرى، فقد ذكرنا في هذه المسألة أن على قول أبي يوسف رحمه الله يجعل ذراع من السفل بذراع من العلو.

وصورة تلك المسألة: سفل مفرد لا علو له، وعلو مفرد لا سفل له، وبيت كامل له سفل وعلو، وكل ذلك مشترك بين رجلين طلبا القسمة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القاضي يحتسب ذراعا من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو المفرد فيكون ذراعان من العلو المفرد بإزاء ذراع من سفل البيت الكامل، والذراع الثالث من العلو المفرد بإزاء ذراع من علو البيت الكامل، ويحتسب ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل المفرد فيكون ذراعا من سفل البيت الكامل بإزاء ذراع من السفل المفرد، وذراعا من علو البيت الكامل بإزاء نصف ذراع من السفل المفرد.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: ذرع السفل المفرد والعلو المفرد بالبيت الكامل، فإن البيت الكامل عشرون ذراعا، والعلو المفرد كذلك، والسفل المفرد كذلك، كانت قسمة ذراعات البيت الكامل أربعين، والعلو المفرد أربعين، فيجعل الأربعين من العلو المفرد والسفل المفرد عشرين، فهو معنى قوله: يحتسب العلو بالنصف والسفل بالنصف، وإنما فعل هكذا ليقع المعادلة بين البيت الكامل وبين العلو المفرد والسفل المفرد، فإن العلو

(١) وفي م: فلا يعتبر مكان فلا يتبين.

والسفل عنده سواء، فعشرون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة أربعين ذراعاً، عشرون منه سفل وعشرون منه علو.

وعلى قول محمد رحمه الله: يعتبر القسمة في ذلك كله، قال الكرخي: وعليه الفتوى.

فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل والبيت الكامل قسمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله، ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله.

قلنا: تأويل المسألة وجهان: أحدهما: أن يكون الكل في دار واحدة والبيتان في دار واحدة، يقسمان قسمة واحدة متلازقين أو متفرقين، فكذا السفل والعلو.

والثاني: أن يكون الكل في دور مختلفة، ولكن تراضوا على ذلك إلا أنهم طلبوا المعادلة من القاضي فيما بينهم، عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز القسمة حال التراضي من الشركاء.

١٣٤٨٧ - وإذا كانت الدار بين قوم ميراثاً، فأراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة، وأبى الآخر، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضي لا يجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة [بل يقسم كل دار بينهم على حدة][1] إلا أن يتراضوا على ذلك، سواء كانت الدور متلازقة أو متفرقة، وسواء كانت الدور في محلة واحدة أو محلتين في مصر واحد أو في مصرين.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا كانت الدور في مصر واحد، فالرأي في ذلك إلى القاضي إن رأى الصلاح في أن يجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة، بأن رأى ذلك أعدل للقسمة فعل ذلك، وإن رأى الصلاح في قسمة كل دار على حدة فعل ذلك، وأما إذا كانا في مصرين روى هلال الرازي عن أبي يوسف رحمه الله: أن القاضي يقسم كل دار على حدة، ولا رأي له في ذلك، قال القدوري رحمه الله: أو كانت إحدى الدارين بالرقة، والأخرى بالبصرة، قسمت إحداهما في الأخرى، وبعض مشايخنا رحمهم الله ذكر قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله فيما

(١) ما بين المعقوفين زيد من م و ظ.

إذا كان الدور في مصرين متفرقين

لأبي حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة باعتبار المعنى، وهو المنفعة، وإن كانت في مصر واحد؛ لأن بعضها يصلح للتجارة وبعضها لا يصلح، ولاختلاف المعاني أثر في اختلاف المعاوضة، كما في الهروي مع المروي، ولهذا لو وكّله بشراء دار في مصر معين، ولم يبيّن الثمن لا يجوز، وذكر الحاكم في المختصر: أنه وإن بين الثمن لا يجوز ما لم يعين المحلة، والأجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة إلا باصطلاح الشركاء على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أن الدور في مصر واحد جنس واحد باعتبار الاسم والمكان، فإن الاسم واحد والمكان كذلك، فصارت كالثياب الهروية والمروية، فإنها اعتبرت جنسا واحدا لاتحاد الاسم، وإن كانت أجناسا مختلفة باعتبار المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله، فيفوض الأمر إلى رأي القاضي، فإن شاء مال إلى جنس واحد، وقسمها واحدة، وإن شاء مال إلى الأجناس المختلفة، وقسم كل واحد قسمة على حدة، بخلاف ما إذا كان في مصرين مختلفين؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المكان، ألا يرى أن المروي مع الهروي اعتبرا جنسين مختلفين لاختلاف المكان.

ومن المشايخ من قال: معنى قول أبي حنيفة رحمه الله: العقار لا يقسمه القاضي قسمة جمع أن الأولى أن لا يفعل القاضي ذلك، وإن لم يفعل الأولى جاز.

وأما المنازل فإن كانت في دور متفرقة، أو في دار واحدة وهي متباينة، فالجواب فيها عندهم جميعا كالجواب في الدور، وإن كانت في دار واحدة وهي متلازقة، فعندهم جميعا يقسم قسمة واحدة

وأما البيوت فإن كانت في دار واحدة فإنها تقسم قسمة واحدة، سواء كانت متلازقة أو متفرقة، وإن كانت في دور مختلفة، فعلى الاختلاف الذي ذكرناه في الدور، ومن كل ما ذكرنا من الدور والمنازل والبيوت لا يقسم قسمة جمع، فتأويله إذا لم يكن معها شيء، وهو محل القسمة الجمع، أما إذا كان معها شيء هو محل القسمة الجمع، يقسم الكل قسمة جمع، ويجعل ذلك الشيء أصلا في القسمة، والدور والمنازل والبيوت تبعا، وسيأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٣٤٨٨- وإذا كان في التركة دار وحانوت، والورثة كلهم كبار، وتراضوا على أن يدفعوا الدار والحانوت إلى واحد منهم من جميع نصيبه من التركة جاز؛ لأن عند أبي حنيفة إنما لا يجمع نصيب واحد من الورثة بطريق الجبر من القاضي، فأما عند التراضي فذلك جائز.

١٣٤٨٩- في قسمة شرح القدوري: ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة من غير رضا الباقين عن جميع نصيبه من التركة لم يجز، يعني لا ينفذ من الباقين إلا بإجازتهم، ويكون لهم استرداد الدار، وأن يجعلوها في القسمة إن شاؤوا، وهذا ظاهر، وإنما الإشكال في أن الدافع هل يأخذ نصيبه من الدار بعد استرداد الباقين، وقيل: إنه لا يأخذ.

١٣٤٩٠- في الملتقى: أراد اثنان من الورثة جمع نصيبهما في موضع واحد من الضياع، لم يكن لهما ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لهما ذلك، إذ ليس فيه ضرر على ما بقي.

قال: ولو اختلفوا في قيمة البناء، فقال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض [وقال بعضهم: بالدراهم، فالقاضي يجعل ذلك بالذرعان من الأرض](١)
ومعنى المسألة: أن الدار والكرم إذا كان بين قوم، وأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين بناء، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنما يجعل قيمة البناء الذرعان من الأرض؛ لأن القسمة إفراز ما هو مشترك بين الشركاء، والمشترك بين الشركاء الأرض دون الدراهم، فمتى جعلنا قيمة البناء بالذرعان من الأرض، فقد أفرزنا ما هو مشترك بينهما، بل حملناه على البيع؛ وللقاضي ولاية الإفراز، لا ولاية الحمل على البيع.

ولأن تقويم البناء بذرعان من الأرض أعدل في القسمة؛ لأنه يتعجل حق كل واحد من الشركاء في الحال، ومتى قومناه بالدراهم يتعجل حق الذي يعطي الدراهم، ويتأخر حق الآخر إلى أن يحضر الدراهم، ويسلمها، فكان التقويم بالذرعان من الأرض أولى، وإن تعذر اعتبار المعادلة بتقويم البناء بالذرعان من الأرض قومه بالدراهم، وإن اتفقوا أن

(١) زيد من م وظ.

يجعلوا قيمة البناء في أنصبائهم فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم .

١٣٤٩١ - وإن اختصموا في الطريق ، فقال بعضهم : يرفع طريقًا بيننا ، وقال بعضهم : لا يرفع ، نظر في ذلك الحاكم ، فإن كانت يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه ، قسمه بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم ، وإن كان لا يستقيم ذلك ، رفع طريقًا بين جماعتهم ؛ لأن حاصل اختلافهم في قسم قدر الطريق ، فالذي من رفع الطريق يطالب قسمته ، والآخر يأبى ، وقسمته ممكن في الوجه الأول ؛ إذ لا يفوت بقسمته قدر الطريق ما كان لهم المنفعة قبل القسمة ، وفي الوجه الثاني قسمته غير ممكن ؛ لأن قسمته يتضمن تفويت منفعة كانت لهم قبل القسمة .

١٣٤٩٢ - ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقه ، جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار ، ومنزله على أدنى ما يكفيهم ، يعني يجعل طوله من الأعلى بقدر طول الباب لا إلى السماء ، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى أن أحد الشركاء إذا أراد أن يخرج جناحًا في نصيبه إن كان فوق طول الباب فله ذلك ؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم ، فيصير بانيًا على ما هو خالص حقه ، وإن كان فيما دون طول الباب فإنه يمنع من ذلك ؛ لأنه قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم ، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضاء الشركاء .

وأما إذا كان أرضًا ، يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور ؛ لأنه يحتاج إليه في الزراعة فلابد منه ، ولا يرفع مقدار ما يمر فيه ثوران معًا ؛ لأن منه بدًا .

ويقسم القاضي الأعداد من جنس واحد من كل وجه ، بأن كانت المجانسة ثابتة بين الأعداد اسمًا ومعنى ، كما في الغنم والبقر والمكيل أو الموزون أو الثياب ، قسمة جمع عند طلب بعض الشركاء [وفي الأجناس المختلفة من كل وجه لا يقسم الأعداد قسمة جمع عند طلب بعض الشركاء][1] ، وهذا لأن قسمة الجمع من الأجناس المختلفة متضمن تفويت جنس المنفعة على الآبي ، فإنه قبل هذه القسمة كان له منفعة البقر والغنم والثياب ، وبعد قسمة الجمع يفوت عليه بعض هذه المنافع ، أما منفعة الإبل أو الغنم والثياب والقسمة متى تضمنت تفويت جنس منفعة على الآبي ، فالقاضي لا يقسم ، أما

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من ط ، م .

قسمة الجمع بين الجنس الواحد لا يتضمن تفويت جنس المنفعة على الآبي، فيقسم القاضي

١٣٤٩٣ - وإن كان جنسًا واحدًا من حيث الحقيقة، وأجناسًا مختلفة من حيث المعنى، كالرقيق. فإن كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، فالقاضي يقسم الكل قسمة جمع بلا خلاف، ويجعل ذلك الشيء أصلاً في القسمة والرقيق تبعًا، ويجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا عرف ذلك من مواضع كثيرة، وإن لم يكن معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضي لا يقسمه قسمة جمع [وقالا: للقاضي أن يقسمه قسمة جمع](١) هكذا ذكر في "الأصل"، وذكر أبو الحسن أن على قولهما الرأي في ذلك إلى القاضي.

واختلف المشايخ فيه على قوله: بعضهم قالوا: لا يقسم الرقيق قسمة جمع على قولهما على كل حال، ولا يكون ذلك موكولاً إلى رأي القاضي، وبعضهم قالوا: هو موكول إلى رأي القاضي، هما يقولان: إن الرقيق جنس واحد، إذا كان الكل ذكورًا أو إناثًا من وجه حقيقة وحكمًا، أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا بدليل أنه لو تزوج امرأة على عبد صحت التسمية، كما لو تزوجها على ثوب هروي وأجناس مختلفة من وجه التفاوت بينهم في المعاني، فرب عبد يصلح للأمانة ورب عبد لا يصلح لذلك، ويتفاوتون أيضًا في الذهن والذكاء والعقل والتمييز الذي هو المطلوب من الآدمي.

١٣٤٩٤ - وإذا كان جنسًا واحدًا من وجه، وأجناسًا مختلفة من وجه، جعلت الرأي فيه للقاضي، كما في الدور، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: العمل بالشبهين متعذر في حالة واحدة؛ لأن أحدهما يقتضي جواز قسمة الجمع، والآخر ينفي، فيعمل بهما في الحالين، فجعلناه جنسًا واحدًا إذا كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، وجعلناه أجناسًا مختلفة إذا لم يكن معه شيء آخر هو محل القسمة الجمع [ولو فعلنا هكذا تكون العمل بالشبهين، لأنه متى جعلناه أجناسًا مختلفة إذا كان معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع](٢) يلزمنا أن نجعله أجناسًا مختلفة على الانفراد من الطريق الأولى؛ لأن من

---

(١) زيد من ط.

(٢) زيد من ظ، م.

الأشياء ما لا يجوز قسمته على الانفراد، ويجوز قسمته تبعاً لغيره، كالشرب والعيون والآبار من الطريق(١)، حتى يبطل العمل بالتبيين.

وكان الفقيه أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان مع الرقيق شيء آخر هو محل لقسمة الجمع، قسم الكل قسمة جمع تأويله إذا رضي الشركاء بقسمة الكل قسمة جمع، أما إذا أبى بعض ذلك، فالقاضي لا يقسمه قسمة جمع عنده، قال: لأن الرقيق مختلف، فعند الاجتماع مع غيره جنسان مختلفان، فإذا كان لا يقسم الرقيق عند الانفراد لأن الجنس مختلف فعند الاجتماع أولى.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي: والأظهر عندي أن القاضي يقسم الكل قسمة جمع عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن أبى بعض الشركاء ذلك، ويجعل ذلك الشيء الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة، ويجعل الرقيق تبعاً، وأبو حنيفة رحمه الله إنما لا يرى قسمة الرقيق قسمة جمع مقصوداً لا تبعاً لغيره.

١٣٤٩٥- في فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا كانت الأرض بين شركاء، لأحدهم عشرة أسهم، وللآخر خمسة أسهم، وللآخر سهم، فأرادوا(٢) قسمتها، وأراد صاحب عشرة أسهم أن تقع سهامه العشرة متصلة، ولا يرضى بذلك الذي له سهم واحد، قسمت الأرض متصلة كانت أو متفرقة بينهم على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد.

كيفية ذلك: أن يجعل الأرض على عدد سهامهم بعد أن سويت وعدلت، ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد سهامهم، ويقرع بينهم، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام، وهو أول السهم، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي، فإن كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم، وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضع البندقة عليه، فتكون سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين البقية كذلك، فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف الستة الباقية، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي، فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم، ويبقى السهم

---

(١) هكذا في الأصل، وأما في ظ، م: من الطريق غير موجود.

(٢) وفي م: فإن أرادوا قسمتها.

الواحد لصاحبه، وإن كانت هذه البتدقة لصاحب السهم الواحد، كان ذلك السهم له، والباقي لصاحب الخمسة.

١٢٤٩٦-وفيه أيضًا: رجلان بينهما خمسة أرغفة لأحدهما رغيفان، وللآخر ثلاثة أرغفة، فدعيا ثالثًا، وأكلوا جميعًا مستويين، ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم، وقال لهما: اقسماها بينكما على قدر ما أكلت من رغيفكما، قال الفقيه أبو بكر الرازي رحمه الله: لصاحب الرغيفين درهم منها؛ لأن كل واحد منهم أكل رغيفًا وثلثا رغيف، فصاحب الرغيفين أكل من رغيفيه رغيفًا وثلثي رغيف، فلم يأكل الثالث من رغيفه إلا ثلث رغيف، وصاحب الثلاث أكل من رغيفه رغيفًا وثلثي رغيف، فإنما أكل الثالث من رغيفه رغيفًا وثلث رغيف، فيجعل مقابلة كل ثلث رغيف درهم، فيصير لصاحب الرغيفين درهم منها، ويصير لصاحب الأرغفة الثلاث أربعة دراهم.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وعندي أن لصاحب الرغيفين درهمان، وللآخر ثلاثة دراهم؛ لأن كل واحد منهم أكل من الثلاثة رغيفًا، ومن الرغيفين ثلثي رغيف، فيجعل كل ثلث سهم، فيصير أكلا من الرغيفين سهمان، ومن الثلاثة ثلاثة أسهم، فجملة ذلك خمسة أسهم، فيقسم البدل كذلك.

١٢٤٩٧-وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل مات وترك ثلاث بنين وترك خمسة عشر خابية، خمس منها مملوءة خلا، وخمس منها إلى نصفها خل، وخمس منها خالية كلها مستوية، فأراد البنون أن يقسموا الخوابي على السواء من غير أن يريقوها من موضعها. فالوجه في ذلك أن يعطى أحد البنين خابيتين مملوئتين وخابيتين خاليتين وخابية إلى نصفها خل، ويعطى الثاني كذلك، بقي هناك خمس خوابي، إحداها مملوءة، وإحداها خالية، وثلاث خوابيب إلى نصفها خل، يعطى الثالث ذلك؛ لأن المساواة بهذه تقع.

١٢٤٩٨-سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عن سلطان غرم أهل قرية، فأرادوا قسمة تلك الغرامة، واختلفوا فيما بينهم: قال بعضهم: يقسم على قدر الأملاك، وقال بعضهم: تقسم على قدر رؤوسهم. قال: إذا كانت الغرامة لتحصين أملاكهم يقسم ذلك على قدر الأملاك؛ لأنها مؤنة الملك، فتتقدر بقدر الملك، وإن كانت الغرامة

شخصين الأجرة يقسم ذلك على عدد الرؤوس؛ لأنه مؤنة الرؤوس، ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك؛ لأنه لا يتعرض لهم.

سئل أحمد: إن بعث مسهل عن قسمة التين، قال: يقسم بالكوارجات، قيل فإن لم يكن، قال: في الجبان، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يجوز بالجبان لقلة التفاوت فيها استحسانا.

٢٤٤٩٩ - سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجلين بينهما أعناب كرم على الشركة يقتسمان ذلك بينهما كيلا بالشرجله، أو وزنا بالقبان أو الميزان، قال: كل ذلك واسع؛ لأن الناس تعارفوا العنب كيلا ووزنا، فثبت التساوي بالطرفين جميعا، فيجوز -والله أعلم بالصواب-

الفصل الثالث

في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز من ذلك وما لا يجوز

١٣٥٠٠ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: بيت بين رجلين، أراد أحدهما قسمته، وأبى الآخر، وارتفعا إلى القاضي، فإن كان البيت كبيراً بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فإن القاضي يقسم بينهما، وإن كان البيت صغيراً بحيث لو قسم لا يمكن لكل واحد منهما أن ينتفع به انتفاع البيت، فإنه لا يقسم إن كان الآخر يأبى القسمة؛ لأن في هذا الوجه طالب القسمة متعنت في طلب القسمة قاصد الإضرار بنفسه وبشريكه بإتلاف منفعة كانت لهما قبل القسمة، والمتعنت مردود، وفي الوجه الأول طالب القسمة قاصد تكميل منفعة الملك على نفسه وعلى شريكه، وشريكه في الإباء متعنت، وإن طلبا القسمة في الوجه الثاني من القاضي، ففيه روايتان: في رواية: يقسم القاضي بينهما، وإليه أشار محمد في «الأصل» في باب ما لا يقسم من العقار وغيره، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام، وفي رواية: قال: لا يقسم القاضي بينهما، ولكن يتركهما، فإن شاء اقتسما بأنفسهما، وإن شاء تركا كذلك، وإليه مال كثير من المشايخ؛ لأن في هذه القسمة ضرر الشركة بإتلاف المنفعة عليهما، وليس للقاضي ولاية الإضرار بالغير، وإن رضي به ذلك الغير.

١٣٥٠١ - وإن كان نصيب أحدهما في البيت شقصاً قليلاً لا ينتفع به إذا قسم البيت، ونصيب الآخر كثير، فطلب أحدهما القسمة، فهذا على وجهين: أحدهما: أن يطلب صاحب الكثير القسمة، والحكم فيه أن القاضي يقسمها بينهم، هكذا ذكره محمد في «الأصل»، وقال في باب ما لا يقسم من العقار: وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان الطريق بين قوم إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق، ولا منفذ، وأراد بعضهم قسمته، وأبى الآخر، فإني لا أقسمه بينهم؛ لأن في قسمته ضرر وفساد، وإن كان لكل واحد طريق ومنفذ، فإني أقسم بينهم.

بعض مشايخنا قالوا: المسألة محمولة على أن الطريق بينهم على السواء، وكان بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لواحد منهم طريق ومنفذ، فأما إذا كان الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ، ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ، فالقاضي يقسم إذا طلب صاحب الكثير القسمة، كما في مسألة البيت إذا طلب صاحب الكثير القسم.

ومنهم من قال: الطريق لا يقسم في الحالين، بخلاف البيت، والفرق على قول هذا القائل أن في قسمة الطريق تعطيل ملك صاحب القليل عن داره؛ لأنه متى قسم الطريق، ولا يمكنه التطرق فيما وقع في نصيبه، لا يمكنه التطرق إلى داره، فلا يمكنه الانتفاع بداره بعد ذلك، وتعطيل الملك على الغير لا يجوز، أما ليس في قسمة البيت تعطيل ملك صاحب القليل في نصيبه؛ لأنه يمكنه أن يدخل في بيته ذلك، فيوسع عليه منزله، ألا يرى أنه لا يجوز التهايؤ في الطريق بين الشريكين لما فيه من تعطيل الملك على كل واحد منهما في نوبة صاحبه، فكذا لا يجوز قسم رقبة الطريق إذا تضمنت تعطيل الملك على أحدهما، ويجوز التهايؤ في مسألة البيت؛ لأن ملك كل واحد منهم لا يتعطل في نوبة صاحبه؛ لأن صاحبه ينتفع به من جهته، فلو امتنعت القسمة في مسألة البيت إنما يمتنع لما فيه من قطع الارتفاق بسبب صاحبه إلا أن ذلك لا يصلح مانعاً، ألا يرى أنه جاز استرداد العارية وإن كان قطع الارتفاق على المستعير ملك المعير.

الوجه الثاني: إذا طلب صاحب القليل القسم، وأبى صاحب الكثير ذلك، ذكر الحاكم الشهيد في "المختصر": أنها تقسم، وإليه ذهب شيخ الإسلام، وذكر الكرخي في مختصره: أنه لا يقسم، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله، وجعل هذا قول أصحابنا رحمهم الله، والإمام [illegible] والقاضي الإسبيجابي، وشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمهم الله، قال(١) الصدر الشهيد رحمه الله: والفتوى على الأول؛ لأن الطالب رضي بالقسمة، وهذه القسمة لا تتضمن فوات منفعة كانت له قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة صاحب الكثير ينتفع بنصيبه، فيكون هذا في حق الآبي مع قسمة لا إتلافاً، والقسمة مستحقة بطلب أحدهما، هكذا ذكر في شرح كتاب القسمة.

---

(١) هكذا في م، وأما في الأصل وط: قاله، مكان: قال.

وذكر هو رحمه الله في شرح أدب القاضي للخصاف: أن الأصح أن القاضي لا يقسمها، ووجه ذلك أن الطالب وإن رضي بالضرر إلا أن رضاه بالضرر لا يلزم القاضي شيئاً، إنما الملزوم طلب الإنصاف من القاضي، وإيصال الطالب إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل.

١٣٥٠٢ - قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان بين رجلين حائط، طلب أحدهما القسمة من القاضي، وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسمها؛ لأنه لو قسم بعد الهدم كان فيه الهدم وإتلاف المنفعة، ولو قسم قبل الهدم بالمساحة، كما يقسم الأرض، كان ذلك تسبيباً إلى إتلاف المنفعة؛ لأن للطالب أن ينقض نصيبه بعد القسمة؛ لأنه يكون متصرفاً في نصيبه، وكما لا يجوز إتلاف المنفعة لا يجوز التسبيب إليه.

وكذلك الحمام لا يقسم بطلب بعض الشركاء؛ لأن هذه القسمة إتلاف منفعة الحمام؛ لأنه لا ينتفع به انتفاع الحمام إلا بجميعه، وإن قسموا ذلك فيما بينهم تركهم القاضي، وذلك لأن الحق لهم، فيكون التدبير في ذلك إليهم.

١٣٥٠٣ - في "المنتقى": في أول باب الأول من كتاب القسمة: حائط بين دارين سقط حتى بدا أسفله، فقال أحد الشريكين في الحائط: أقسم، وقال الآخر: لا، بل أبني؛ قال محمد رحمه الله: لا أقسمها بينهما، فعله أن يقع نصيب كل واحد منهم إن قسم مما يلي الآخر، رواه هشام.

وذكر في آخر هذا الباب ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: حائط بين رجلين وأرضه كذلك بينهما، انهدم الحائط وأرض الحائط مما يستطاع قسمته، وطلب أحدهما القسم، فإن كان لهما عليه جذوع لا يقسم أرض الحائط، وإن لم يكن لأحدهما عليه جذوع قسمت أرض الحائط.

١٣٥٠٤ - وإذا كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنياه فيها بإذنه، فأراد أحدهما قسمة البناء وهدمه، وأبى الآخر، وصاحب الأرض غائب، لا يكلفهما ذلك، فالقاضي لا يقسمه بينهما؛ لأنه ما لم يكلفهما صاحب الأرض الهدم، فلهما حق القرار، فكان بمنزلة ما لو كان البناء في أرض هي ملكهما، ولو كان كذلك، وطلب أحدهما من القاضي قسمة البناء، وهدمه، وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسمها بينهما، كذا

ألا يرى أنه لا يجوز بيعه، فلا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، فبقي تمود[1] هنا التعطيل، وإن قسما بتراضيهما لا يجوز.

وأما إذا كان الزرع بقلاً قائماً لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك، لأنه إذا قسم بشرط الترك، فقد شرط في القسمة إعارة الأرض، وإنه شرط فاسد، والقسمة لا تصح مع الشرط الفاسد، وأما إذا أراد القسمة بشرط القلع فله أن يقسم، إذ ليس في هذه القسمة شرط العارية لو لم يصح لهما إنما لا يصح لمكان الضرر، وقد رضيا به، وهذا الجواب على إحدى الروايتين، فأما على الرواية الأخرى ينبغي أن لا يقسم القاضي، وإن رضيا به لما ذكرنا.

هذا إذا طلب القسم من القاضي، وإن طلب أحدهما وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسم على كل حال، ولو اقتسما الزرع بأنفسهما، فإن كان الزرع قد بلغ وتسنبل، فالجواب فيه ما مر، وإن كان الزرع بقلاً إن قسما بشرط الترك لا يجوز، وإن قسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات.

١٣٥٠٧- وفي "المنتقى": زرع بين رجلين اقتسماه قبل أن يدرك، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز، وقال أبو يوسف: أراه جائزاً، وقسمة الطلع بدون قسمة النخيل نظير قسمة الزرع قبل البلوغ بدون الأرض إن اقتسما بشرط القلع جاز، وإن اقتسما بشرط الترك لا يجوز، وإن رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يقسمه بشرط الترك، وهل يقسمه بشرط القلع؟ فهو على الروايتين، وإن طلب أحدهما القسمة فالقاضي لا يقسم لا بشرط القلع ولا بشرط الترك، ولا يقسم الساحة الواحدة واللؤلؤة، وكل شيء يحتاج في قسمته إلى كسر أو شق أو قطع بطلب البعض إذا كان في قطعه أو شقه أو كسره ضرر، فأما إذا لم يكن في ذلك ضرر يقسم، واللآلي واليواقيت يقسم؛ لأن الجنس واحد، ومنفعة هذا الجنس مما لا يتفاوت تفاوتاً لا يمكن استدراكه، بخلاف العبيد على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإذا كان قناة أو نهراً أو عيناً، وليس معه أرض، فأراد بعض الشركاء القسمة، فالقاضي لا يقسم؛ لأن منفعة النهر لا يختص بالبعض، وكذلك منفعة القناة وأشباهها، وإن كان مع ذلك أرض لا يشرب إلا من ذلك قسمت

(١) وفي م: فوت مكان تمود

الأرض، وتركت النهر والبئر والقناة على الشركة، ولو كان أنهارًا أو آبارًا أو الأرضين متفرقة، قسمت الآبار والعيون والأراضي؛ لأن الإفراز فيها ممكن من غير ضرر.

١٣٥٠٨ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا كانت الدار بين ورثة، فاقتسموها وفضلوا بعضها على البعض، بفضل قيمة البناء، أو ما أشبه ذلك، فهذه القسمة، وهذا التفضيل جائز، وصورته:

إذا كانت الدار بين اثنين وهي ثلاثون ذراعًا، قيمة عشرة أذرع منه من جانب مثل قيمة العشرين من الجانب الآخر، إما لأجل البناء، أو لمعنى من المعاني، فاقتسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة، وللآخر العشرون، فهذه القسمة جائزة، واكتفي فيها بالمعادلة من حيث المعنى، وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة بالذرعان.

١٣٥٠٩ - وإن اقتسما العرصة بالسوية نصفين، وشرطا أن من وقع البناء في نصيبه أعطى نصف قيمة البناء للآخر، فهذا على وجهين: الأول: أن يقوموا البناء قيمة العدل، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء في نصيبه أعطى نصف ذلك لصاحبه، بأن قوموا البناء مثلًا مائة درهم، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه خمسين درهمًا، وإنه جائز؛ لأنهم قسموا الأرض بالسوية، وباع الذي لم يقع البناء في نصيبه نصيبه من البناء بثمن معلوم من صاحبه، وكل ذلك جائز، ويعتبر الكل قسمة بطريق التبعية، وصار كالبيع المشروط في النكاح له حكم النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق التبعية، وأما على قولهما فلأن هذا البيع من ضرورات هذه القسمة، فيكون له حكم القسمة، بخلاف البيع المشروط في النكاح على قولهما؛ لأنه ليس من ضرورات النكاح، أما هنا بخلافه.

الوجه الثاني: إذا اقتسموا الأرض نصفين، وشرطوا وقت القسمة أن من وقع البناء في نصيبه أعطى قيمة البناء الآخر إلا أنه لم يعرف قيمة البناء وقت القسمة، ولم يبين ذلك، فهذه القسمة فاسدة قياسًا جائزة استحسانًا لوجهين: أحدهما: أنهما شرطا في القسمة ما يقتضيه القسمة من غير شرط، فإنهما لو اقتسما الأرض نصفين، وترك البناء على الشركة، وجب على من وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء لصاحبه،

واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط لا يوجب فساد العقد .

فإن قيل : إذا لم يشترط القيمة وقت القسمة ، فالجهالة طارئة على القسمة ؛ لأن القيمة تجب بعد ذلك حكمًا ، فكانت طارئة ، ومتى شرط القيمة وقت القسمة كانت الجهالة مقارنة للقسمة ، والجهالة الطارئة على العقد لا توجب فساد العقد أما المقارنة تفسد العقد ، عرف ذلك في كتاب البيوع .

والجواب عن هذا أن يقال : لا ، بل الجهالة مقارنة للقسمة وإن لم يشترطا القيمة ؛ لأن القيمة واجبة لا محالة لا ينفك القسمة عنها ، فكانت الجهالة مقارنة ، ثم لم يمنع ذلك جواز القسمة ، فكذا إذا كانت مشروطة ؛ لأنه لا يثبت بالشرط زيادة جهالة لم تكن ثابتة قبل ذلك ، الوجه الثاني لبيان جواز هذه القسمة أن الجهالة بحالة تمام العقد ، والعقد يتم في المعلوم ، فلا يضرهم الجهالة في الابتداء ، كما لو اشترى أحد الأثواب الثلاثة على أنه بالخيار ، أخذ بأيهما شاء ، وسمى لكل واحد ثمنًا .

بيان هذا الكلام أن حكم القسمة في الأرض لا يتم بالمساحة ، بل يتوقف تمام القسم فيها على معرفة قيمة البناء ، وقسمتها بالقيمة ، فلا يتم القسمة إلا بعد ظهور المعادلة في الكل ، ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه ، فهو معنى قولنا : إن العقد يتم في المعلوم إذا اقتسما الأرض نصفين ، وتركا البناء على الشركة ، ووقع البناء في نصيب أحدهما إنما وجب على من وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء ؛ لأنه لا وجه إلى إبقاء البناء مشتركًا كذلك ؛ لأن ما تحت البناء من الأرض صار ملكًا لأحدهما ، فمتى تركنا البناء كذلك يتضرر من وقعت مساحة الأرض في نصيبه ، ولا وجه إلى أن يؤمر الذي لم يقع البناء في نصيبه بنقض نصيبه ؛ لأنه لا يمكن نقض نصيبه إلا بعد نقض نصيب صاحبه ، وفي ذلك ضرر بصاحبه ، فلم يبق هنا وجه سوى أن يتملك الذي لم يقع البناء في نصيبه الأرض ، ونصيب صاحبه من البناء ، أو يتملك الذي لم يقع البناء في نصيبه الأرض نصيب صاحبه من البناء ، أو يتملك صاحب الأرض من نصيب صاحبه من البناء ، وتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء أولى ؛ لأن الاستهلاك فيه أقل ، ولأن صاحب الأرض صاحب أصل ، وصاحب البناء صاحب تبع ، وتملك التبع بحق صاحب الأصل أولى على ما عرف .

١٠١٢٣ - وإذا كانت الدار في يدي ورثة حضور كبار، أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم، وسألوه قسمتها، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضي لا يقسم الدور وسائر العقار بإقرارهم حتى يقيموا بينة أن فلاناً مات وتركها ميراثاً بينهم، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: قسمها بإقرارهم بينهم، ويشهد على أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم إلا بالبينة.

وعلى هذا الخلاف إذا أقروا أن معهم وارثاً آخر غائباً، أو صغيراً، والدار كلها في يد الذين حضروا عند القاضي، وسألوه القسمة، وأجمعوا على أن الدار كلها أو شيء منها إذا كان في يدي غائب أو صغير سوى هؤلاء الذين حضروا عند القاضي، وطلبوا من القاضي القسمة، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث، وأجمعوا في العروض إذا أقروا أنها ميراث بينهم والعروض في أيديهم، وطلبوا من القاضي القسمة أن القاضي يقسمها، وإن لم يقيموا البينة على الميراث.

وأما إذا قالوا: اشترينا هذه الدار من فلان، وطلبوا من القاضي القسمة، فالقاضي يقسمها بينهم بإقرارهم، وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، في المشهور من الرواية القاضي[1] يقسمها بينهم بإقرارهم، كما هو مذهبهما. وفي رواية: قال: لا يقسمها حتى يقيموا البينة على الشراء من فلان، وجه قولهما في فصل الميراث أن إقرارهم أن الدار في أيديهم ميراث إقرار صحيح؛ لأن الدار في أيديهم لا ينازعهم أحد فيه، وقول صاحب اليد فيما في يده عند عدم المنازع مقبول صحيح شرعاً، فلا حاجة إلى إثبات ذلك بالبينة، والدليل عليه فصل الشراء وفصل العروض، وهذا بخلاف ما إذا كانت الدار كلها أو شيء منها في يد الغائب؛ لأن هناك إقرارهم غير صحيح؛ لأنه لا يد لهم فيما أقروا، فلابد من الإثبات بالبينة، أما ههنا بخلافه.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن التركة في القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، ألا يرى أن التركة إذا ازدادت قبل القسمة، كانت الزيادة للميت حتى يقضي منها ديونه، وينفذ منها وصاياه، وبالقسمة ينقطع حقه ويبقى من الملك حتى تصير الزيادة لمن وقع في سهمه، وقولهم: ليست بحجة على الميت، بخلاف فصل الشراء على ظاهر الرواية؛

---

(١) كذا في نسخة السيخ، وما في الأصل: على القاضي.

لأن القسمة هناك لا يتضمن بطلان شيء من ملك البائع ؛ لأن المشتري [بعد القبض ملك المشتري][1] من كل وجه ، ولم يبق للبائع فيه حق ، ألا يرى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشتري .

وأما العروض : قلنا : القاضي لا يقسم العروض لقطع ما بقي من ملك الميت إنما يقسمها تحصيناً على الميت ؛ لأن العروض مما يخشى عليه التوى والتلف ، ألا يرى أن القاضي يبيع عروض الغائب ، وإنما يبيعها تحصيناً عليه ، أما العقار محصنة بنفسها ، فلم يكن قسمتها بطريق التحصين ، بل كان لإزالة ملك الميت ، فلابد لذلك من حجة يقوم عند القاضي .

ثم على قولهما إذا قسم القاضي الدار بين الورثة بإقرارهم يشهد أنه إنما قسم بإقرارهم ؛ لأن حكم القسمة بالبينة يخالف حكم القسمة بالإقرار ؛ لأنه حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير حتى لو ادعى أم ولد هذا الميت ، أو مدبره العتق ، فالقاضي يقضي لهما بالعتق ، ولا يكلفهما إقامة البينة على الميت ، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى ؛ ألا يرى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين إلا ببينة تقوم على الميت ، وإذا كان بعض الورثة حضوراً ، والبعض غيباً ، والدار كلها أو بعضها في يد الغائب ، وطلب الحاضر القسمة من القاضي ، وأقام البينة على الميراث ، فإن كان الحاضر واحداً ، فالقاضي لا يقبل بينته ، ولا يقسم الدار ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً ، ويسمع البينة عليه ، ويقسم الدار .

وجه ظاهر الرواية : أن التركة قبل القسمة إن بقيت على حكم ملك الميت من وجه على ما مر ، صارت ملكاً للورثة من وجه ، حتى لو أعتق واحد منهم عبداً من التركة قبل القسمة ، نفذ العتق في نصيبه ، وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركائه ، فالحاضر بدعوى القسمة ، كما يدعي إزالة ما بقي من ملك الميت يدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه ، فلئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت ، لا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغائب ، فلا

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ، وإنما زدنا من بقية النسخ .

يجوز له نصب (١) الوصي بالشك، وليس كما لو ادعى أجنبي ديناً على الميت، وليس للميت وارث ولا وصي، فإن القاضي ينصب عنه وصياً؛ لأن ذلك دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضي أن ينصب وصياً عن الميت، أما ههنا بخلافه، وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب وصياً عن الميت، وهذا الواحد لا يصلح خصماً عن الميت وعن سائر الشركاء؛ لأنه مدعي، فلا يصلح مدعى عليه، فيتعذر قبول البينة؛ لأن البينة من غير خصم لا تقبل.

وإن حضر اثنان والباقي بحاله، فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار، ويجعل أحد الحاضرين مدعياً، والآخر مدعى عليه، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت عن باقي الورثة.

فإن قيل: كيف يجعل أحدهما مدعى عليه على الغير، وكل واحد منهما مقر بما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعي المدعي لا يصلح خصماً للمدعي؟

قلنا: كل واحد منهما إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل، وجوده والعدم بمنزلة، ألا ترى أن من ادعى على ميت ديناً، وأقر به وصيه، فإن المدعي يكلف بإقامة البينة، وينتصب الوصي خصماً له، وإن كان الوصي مقراً.

وإذا حضر أحد الورثة ومعه صغير، وطلب القسمة الكبير من القاضي، وأراد أن يقيم بينة على الميراث، فالقاضي ينصب وصياً عن الصغير ويسمع البينة عليه، ويقسم الدار؛ لأن للقاضي ولاية نصب الوصي، ووصيه مقام الصبي، فكان الحاضر اثنان بالغان.

١٣٥١٦ - وإن كانت الدار بين ثلاثة مقر بالشرى، وأحدهم غائب، فأقام اثنان منهم البينة على الشراء، وطلبا من القاضي القسمة، فالقاضي لا يسمع البينة ولا يقسم الدار بينهم فيها؛ لأن الحاضر من المقرين لا ينتصب خصماً عن الغائب منهم؛ لأن الثابت بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه، فأما في الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث، وإنما ينتقل إليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة عنه، فيستقيم أن يجعل البعض خصماً عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في

(١) هكذا في بقية النسخ، وكذا في الأصل: ينصب.

حقهم، وهو الخلافة عن الميت، وسيأتي جنس هذه المسائل بعد هذا في هذا الفصل -إن شاء الله تعالى-.

١٢٥١٣-وإن كانت الدار بين رجلين فيها صُفّة، وفي الصُّفّة بيت، وطريق البيت في الصفة مسيل ماء، ظهر البيت على ظهر الصفة، فاقتسما، فأصاب أحدهما الصفة وقطعة من ساحة الدار، وأصاب الآخر البيت وقطعة من ساحة الدار، ولم يذكروا في القسمة الطريق ومسيل الماء، فأراد صاحب البيت أن يمر في الصفة على حاله، ويسيل الماء على ظهر الصفة، فالمسألة على وجهين: الأول أن يكون لصاحب البيت إمكان فتح الطريق، وتسييل الماء في نصيبه في موضع آخر، وفي هذا الوجه القسمة جائزة، وليس لصاحب البيت حق المرور في الصفة، ولا حق تسييل الماء على ظهرها، سواء ذكر في القسمة أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه، أو لم يذكر ذلك.

الوجه الثاني: إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق وتسييل الماء في نصيبه من موضع آخر، وفي هذا الوجه إن يذكرا أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة، ويجوز القسمة، وإن لم يذكرا ذلك لا يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة، وفسدت القسمة.

والوجه في ذلك أن عند ذكر الحقوق اجتمع في القسمة ما يوجب دخول الطريق ومسيل الماء في القسمة، وهو اشتراط الحقوق، كما في البيع، وما يمنع دخولهما وهو لفظة القسمة؛ لأن القسمة للإفراز، وتقطع حق كل واحد منهما عن نصيب صاحبه، وإنما ينقطع حق صاحب البيت عن الصفة من كل وجه إذا لم يكن لصاحب البيت حق المرور في الصفة، وحق مسيل الماء على ظهر الصفة، والعمل بهما جميعاً في كل حال متعذر، فعملنا بلفظ القسمة إذا أمكنه فتح الطريق، وتسييل الماء في نصيبه، وألغينا شرط الحقوق؛ لأن العمل بمقتضى القسمة في هذه الصورة، ولا تفسد القسمة، والقسمة أصل، والشروط أتباع، وعملنا بشرط الحقوق إذا لم يمكنه فتح الطريق، وتسييل الماء في نصيبه وإن كان الشروط أتباعاً؛ لأنا لو نعمل بشرط الحقوق هنا تفسد القسمة؛ لأنها قسمة ضرر، ومتى فسدت القسمة فسد ما شرط فيه، بقي العمل بحقيقة القسمة في هذه الصورة بإلغاء القسمة والشرط جميعاً، وفي العمل بالشرط اعتبار الشرط من كل وجه،

واعتبار القسمة من وجه، فكان هذا أولى. وهذا بخلاف ما لو باع دارًا أو أرضًا له، وذكر الحقوق، فإنه يدخل الطريق والشرب في البيع، وإن أمكن للمشتري فتح الطريق وتسييل الماء من موضع آخر من ملكه؛ لأن العمل باللفظين ممكن في البيع؛ لأن موجب البيع ملك العين، وبعد ما دخل الحقوق يبقى كذلك تبعًا للعين، فلا ضرورة إلى إلغاء أحد اللفظين، أما عند عدم ذكر الحقوق في القسمة لم يوجد في القسمة ما يوجب دخول الحقوق.

أما إذا أمكنه فتح الطريق وتسييل الماء في نصيبه، فلأن في هذه الصورة لا يدخل الطريق وتسييل الماء في نصيبه، فلأن الطريق ومسيل الماء لو دخلا في هذه القسمة دخلا بدلالة الحال، ودلالة الحال إنما تعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافها، وقد وجد الصريح هنا بخلافها، وهو التنصيص على لفظة القسمة، فإن القسمة للإفراز والخلوص عن الأنصباء.

١٣٥١٣ - وإذا اقتسم الرجلان دارًا، فلما وقعت الحدود بينهما، فإذا أحدهما لا طريق له، فإن كان يقدر على أن يفتح في حيزه طريقًا في القسم، جازت، وإن كان لا يقدر أن يفتح لنصيبه طريقًا، فإن لم يعلم وقت القسمة أن لا طريق له، فالقسمة فاسدة؛ لأنها تضمنت تفويت منفعة على بعض الشركاء بغير رضاه، وإن علم وقت القسمة أن لا طريق له، فالقسمة جائزة، وإن تضمنت تفويت منفعة على بعض الشركاء لرضاه بذلك.

وكذلك لو اقتسما على أن لا طريق لأحدهما جازت القسمة كما ذكرنا، وإن كان يقدر على أن يفتح في نصيبه طريقًا يمر فيه الرجل ولا تمر فيه الحمولة، فالقسمة جائزة، فالأصل في الطريق مرور الناس فيه، فأما مرور الحمولة فيه لا يكون إلا نادرًا، وإن كان بحيث لا يمر فيه رجل، فهذا ليس بطريق، ولا يجوز القسمة لما فيها من قطع منفعة الملك عن أحدهما.

١٣٥١٤ - وإذا كانت الدار بين رجلين، فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الأرض كله، ويأخذ الآخر البناء كله، ولا شيء له من الأرض، فهذا على ثلاثة أوجه. الأول:

---

(١) زيد من بعض النسخ

إذا شرطا في القسمة على المشروط له البناء، وفي هذا الوجه القسمة جائزة؛ لأن القسمة في معنى البيع، ومن اشترى بناء بشرط القلع بأرض له، كان جائزًا، فكذا هنا، ويصير المشروط له البناء مشتريًا نصيب صاحبه من البعض بما ترك على صاحبه من نصيبه من الأرض.

وإن سكتا عن القلع ولم يشترطا ذلك، جازت القسمة أيضًا؛ لأنه لما شرط لأحدهما البناء [من غير الأرض ولا قرار للبناء إلا بالأرض، فكأنه شرط عليه القلع من حيث المعنى، وإن شرطا ترك البناء][1] فالقسمة فاسدة؛ لأن المشروط له البناء يصير مشتريًا نصيب صاحبه من البناء، ونصف الأرض بقدر ما يكون عليه قرار البناء بنصيبه من الأرض فيما يقابل منفعة الأرض يكون إجارة، وهذا إجارة فاسدة لجهالة المدة، فهذه قسمة شرط فيها إجارة فاسدة، فتفسد كالبيع إذا شرط فيها إجارة.

٢٥١٥: ومن إذا وقع الحائط لأحد المقتسمين، وعليه جذوع الآخر، فأراد صاحب الحائط أن يرفع الجذوع عن الحائط، ليس له ذلك إلا أن يكونا شرطا في القسمة رفع الجذوع، سواء كان الجذوع لأحدهما على الخصوص قبل القسمة، والحائط بينهما، أو كان السقف والجذوع للآخر. ووجه ذلك أن اشتراط الحائط لأحدهما بحكم القسمة إن كان يقتضي خلوص الحائط له عن شغل صاحبه، فاشتراط السقف للآخر يوجب أن يكون الحائط مشغولًا بحق صاحب السقف ليسلم له ما شرط له من السقف. فأحد الاعتبارين إن كان يوجب رفع البناء، والاعتبار الآخر يمنع رفع البناء، فلا يكون له الرفع بالشك. ثم جواز شرط رفع الجذوع في القسمة، فيه نوع إشكال؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، ولهذا كل شرط يفسد البيع يفسد القسمة، ثم بيع الجذوع في السقف بشرط الرفع لا يجوز، فكذا القسمة بهذا الشرط ينبغي أن لا يجوز.

وإذا كانت أصل الشركة الميراث، فجرى فيها الشراء، بأن باع واحد منهم نصيبه، يقسم القاضي إذا حضر البعض، وإذا كان أصل الشركة الشراء، فجرى فيها الميراث، بأن مات واحد من المشترين، فالقاضي لا يقسم حتى يحضر سائر المشترين؛ لأن في الوجه الأول المشتري قام مقام البائع في الشركة الأولى، وكانت أصلها وراثة، وفي الوجه الثاني

(١) زيد من نسخة الشيخ

الوارث قام مقام المورث في الشركة الأولى، وكان أصلها شراء، فينظر في هذا إلى الأولى.

١٣٥١٦- في فتاوى أبي الليث رحمه الله: في هذا الموضع أيضاً: ضيعة بين خمسة من الورثة، واحد منهم صغير، واثنان غائبان، واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين، وطالب الشريك الحاضر بالقسمة عند القاضي، وأخبره بالقصة، فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة، ويجعل وكيلاً عن الغائب والصغير؛ لأن المشتري قام مقام البائع، وقد كان للبائع أن يطالب شريكه؛ لأن أصل الشركة كان ميراثاً، والعبرة في هذا الأصل على ما مر.

١٣٥١٧- وفي الزيادات: كتب ابن سماعة إلى محمد رحمه الله في قوم ورثوا داراً وباع بعضهم نصيبه من أجنبي، وغاب الأجنبي المشتري، وطلبت الورثة القسمة وأقاموا البينة على الميراث، قال محمد رحمه الله: إذا حضر الورثة قسمها القاضي، حضر المشتري أو لم يحضر، فإن المشتري يخلف الوارث الذي باعه.

١٣٥١٨- وفي الأصل: إذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء، فمات أحدهما، وترك نصيبه ميراثاً، فأقام ورثة الميت البينة على الميراث، وعلى الأصل وشريك أبيهم غائب، لم يقسم القاضي حتى يحضر شريك أبيهم؛ لأن الوارث قام مقام الميت، ولو كان الميت حياً، وحضر يطلب القسمة، وشريكه غائب، فالقاضي لا يقسم، ولو حضر شريك الأب، وغاب بعض ورثة الميت، قسم القاضي بينهم؛ لأن حضور بعض الورثة كحضور الميت لو كان حياً، أو كحضور الورثة، وإن كان أصل الشركة بالميراث بأن كانا أخوين، وورثا قرية من أبيهما، فقبل أن يقسما مات أحدهما، وترك نصيبه ميراثاً لورثته، فحضر ورثة الميت الثاني، وعمهم غائب، وأقاموا البينة على ميراثهم عن أبيهم، وعلى ميراث أبيهم عن جدهم، قسمها القاضي بينهم، ويعزل نصيب عمهم، وكذا لو حضر عمهم، وغاب بعضهم، قسمها القاضي بينهم؛ لأن الأصل ميراث، وفي الميراث غيبة بعض الشركاء لا تمنع القسمة.

١٣٥١٩- في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا اشترى رجل من أحد الورثة بعض نصيبه، ثم حضرا يعني الوارث البائع والمشتري، وطلبا القسمة، فالقاضي لا

يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع؛ لأن المشتري بمنزلة الوارث الذي باعه، ولو اشترى نصيبه منه، ثم ورث شيئاً بعد ذلك، أو اشترى لم يكن خصماً للمشتري في نصيبه الأول في الدار حتى يحضر وارث آخر غيره.

ولو حضر المشتري من الوارث، ووارث آخر، وغاب الوارث البائع، وأقام المشتري بينة على شرائه، وعلى الدار وعدد الورثة، فإن هذا على وجهين: إن كانت الدار في يد الورثة، ولم يقبض المشتري لم أقبل بينة المشتري على الشراء من الغائب؛ لأن الوارث الحاضر لا يجحد نصيب الغائب، ولو كان يجحده ويدعيه جعلته خصماً، وقبلت بينة المشتري، وقسمته، وإن كان المشتري قبض، وسكن الدار معهم، ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع، وأقام البينة على ما ذكرنا، فالقاضي يقسم الدار، وكذلك إذا طلب الورثة القسمة دون المشتري، فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم، ويعزل نصيب الغائب في يد المشتري، ولا يقضي بالشراء، وإن لم يكن المشتري قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب، ولا يدفع إلى المشتري، وإن كان المشتري هو الذي طلب القسمة، وأبى الورثة لم أقسم؛ لأني لا أعلم أنه مالك، ولا أقبل بينة على المشتري، والبائع غائب.

وفيه أيضاً عن أبي يوسف رحمه الله: دار بين رجلين، باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل، ثم إن المشتري أمر البائع أن يقاسم صاحب الدار، ويقبض نصيبه، فقاسمه، لم يجز القسمة؛ لأن البائع لا يكون قابضاً للمشتري من نفسه، ولو أجزت القسمة جعلت قابضاً للمشتري.

٠٢٥٣١ - وإذا كان بين رجلين دار ونصف دار، فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الدار، ويأخذ الآخر نصف الدار جاز، وإن كانت الدار أفضل قيمة من نصف الدار؛ لأن البيع على هذا الوجه جائز، وكذلك ولو كانت سهاماً مسماة من هذه الدار، وسهاماً مسماة من تلك الدار، فاقتسما على أن لهذا [illegible] في هذه الدار من السهام، ولهذا الآخر ما في هذه الدار الأخرى من السهام، جاز؛ لأن البيع على هذا الوجه جائز.

ولو كانت مائة ذراع من هذه الدار، ومائة ذراع أو أكثر من الدار الأخرى، فاقتسما على أن لهذا ما في هذه الدار من الذرعان، ولهذا ما في هذه الدار الأخرى، لا يجوز عند

أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع على هذا الوجه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، عرف في كتاب البيوع أن بيع مائة ذرع من الدار لا يجوز، فكذا لا تجوز القسمة على هذا؛ لأنها في معنى البيع.

١٣٥٢١ - وإذا كانت الدار بين رجلين ميراثًا، أو شراء، فاقتسما على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة على إن زاد أحدهما للآخر دراهم مسماة، فهو جائز، و عنه أن ما يصلح ثمنًا في باب البيع يصلح زيادة في القسمة، فالدراهم والدنانير يصلح عوضًا في باب البيع حالة كانت أو مؤجلة، فيصلح زيادة في القسمة، والمكيل والموزون يصلح ثمنًا في باب البيع إن كان دينًا، وكان موصوفًا، سواء كان حالًا أو مؤجلًا، فيصلح زيادة في القسمة على هذا الوجه، وإن كان عينًا، ولم يشترط فيه الأجل، تصلح ثمنًا في باب البيع، فأما إن شرط فيه الأجل لا يصلح ثمنًا في باب البيع، فالزيادة في القسمة يكون على هذا الوجه أيضًا، وبيان مكان الإيفاء شرط عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كانت الزيادة شيئًا لهما حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وعندهما رحمهما الله بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ويسلم عند الدار.

قال محمد رحمه الله في "الأصل" عقيب هذه المسائل: وهذا والسلم في القياس سواء، لكني أستحسن في هذا؛ قال بعض مشايخنا رحمهم الله: القياس والاستحسان منصرف[1] إلى دخول الأجل يعني القياس، إذا لا يجوز شرط المكيل والموزون زيادة في القسمة بغير أجل، كما في السلم؛ لأنه في الاستحسان يجوز، وهذا هو القياس، والاستحسان الذي ذكرنا في كتاب البيوع إذا اشترى شيئًا بمكيل أو موزون في الذمة حالًا، فالقياس أن لا يجوز كما لو اشتراه بالثياب. وفي الاستحسان يجوز، كما لو اشتراه بالدراهم، ثم قال جماعة منهم: القياس والاستحسان منصرف إلى مكان الإيفاء.

واختلفوا بعد ذلك فيما بينهم، قال بعضهم القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة، يعني القياس أن لا يجوز القسمة متى ترك بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة على قول أبي حنيفة رحمه الله القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان

---

(١) وفي م: منصرف.

يجوز، ووجه ذلك أن مكان الإيفاء في القسمة مشروط دلالة، وهي عند الدار مقتضي وجوب القسمة؛ لأن موجب القسمة المعادلة بين الأنصباء ما أمكن، وقد وجب تسليم أحد النصيبين في الدار، فيجب تسليم البدل في الدار أيضًا، بخلاف فصل السلم والإجارة؛ ولأن موضع العقد لم يتعين مكانًا للإيفاء ثمة لا نصا، ولا مقتضى موجب عقد السلم، إذ ليس مبنى عقد السلم على المعادلة، ألا ترى أن أحد البدلين في السلم يسلم حالا، والآخر يسلم في الثاني.

وقال بعضهم: القياس والاستحسان على قولهما خاصة، القياس أن يجب تسليم ما شرط في موضع عقد القسمة، كما في البيع والسلم، وفي الاستحسان يجب تسليمه عند الدار، ووجه ذلك أن في السلم إنما وجب تسليم المسلم إليه في مكان العقد؛ لأن البدل الآخر، وهو رأس المال وجب تسليمه في مكان العقد، فيجب تسليم هذا البدل في مكان العقد أيضًا، وهنا تسليم أحد البدلين وجب في الدار، فكذا تسليم البدل الآخر، وصارت الدار في مسألتنا كمكان العقد في مسألة التسليم.

١٣٥٢٢-إذا كانت الدار بين رجلين اقتسماها، فأخذ أحدهما قدر النصف، وأخذ الآخر قدر الثلث، ورفعا طريقًا بينهما قدر السدس، فذلك جائز؛ لأنهما قسما بعض الدار، وبقيا شركتهما في البعض، ولو اقتسما الكل يجوز، ولو بقيا الكل على الشركة يجوز، فإذا اقتسما البعض وبقيا الشركة في البعض يجوز أيضًا، وكذلك إذا شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل، وللآخر فيه حق المرور، فهو جائز.

قال شيخ الإسلام: هذه المسألة دليل على جواز بيع حق المرور، والحاصل أن في جواز بيع حق المرور روايتان، واتفقت الروايتان أن بيع الشرب، وبيع حق المسيل، وبيع قرار العلو على السفل على الانفراد لا يجوز، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب من العلة ما يدل على جواز هذه القسمة على الروايات كلها، وإن كان في جواز بيع حق المرور روايتان، قال: بأن عين الطريق كان مملوكًا لهما، وكان لهما حق المرور، وقد جعل أحدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكًا لصاحبه عوضًا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه، وبقي لنفسه حق المرور، وهذا جائز بالشرط، كمن باع طريقًا مملوكًا من غيره على أن يكون له فيه حق المرور، كمن باع السفل على أن له حق قرار العلو فإنه

يجوز، كذا هنا.

١٣٥٢٣ - وإذا كانت الدار بين رجلين، وبينهما شقص من أخرى فتسماها على أن أخذ أحدهما الدار والآخر الشقص، فإن علما أن سهام الشقص كم هي، فالقسمة جائزة، وإن لم يعلما، فالقسمة مردودة، وإن علم أحدهما، ولم يعلم الآخر، فالقسمة مردودة، وهكذا ذكر المسألة في «الأصل» في هذا الكتاب، ولم يفصل الجواب فيها تفصيلاً، فمن المشايخ من قال: يجب أن يكون الجواب ههنا على التفصيل إذا علم المشروط له الشقص جازت القسمة بلا خلاف، وإن جهل الشارط ذلك؛ وإن جهل المشروط له، وعلم الشارط، كانت المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، تكون القسمة مردودة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله، تكون جائزة، وهذا القائل يقيس مسألة البيع المذكور في كتاب الشفعة.

صورتها: إذا باع الرجل نصيبه من دار من رجل وقد علم أحدهما بمقدار النصيب، ولم يعلم الآخر، إن علم المشتري، ولم يعلم البائع جاز بلا خلاف، وإذا علم البائع، ولم يعلم المشتري، فالمسألة على الخلاف، فكان تأويل المذكور في كتاب القسمة إذا جهل أحدهما، إذا جهل المشروط له.

وقوله: القسمة مردودة، يعني في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ومنهم من قال: لا، بل الجواب في مسألة القسمة على ما أطلق، والقسمة مردودة في قولهم جميعاً، واختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع مسألة الشفعة أنه أضاف البيع إلى نصيبه، فيدخل تحت البيع جميع نصيبه بحكم الإضافة، فلا يبقى للبائع حق المنازعة بعد ذلك بأن يقول: عنيت بنصيبي كذا، دون كذا، وموضوع مسألة كتاب القسمة أنهما ذكرا الشقص مطلقاً غير مضاف إليهما، وعند ذكر الشقص مطلقاً أنهما ما جهل يقع بينهما منازعة في مقدار الشقص الشارط، يقول: عنيت بالشقص بعض نصيبي، والمشروط له يقول: عنيت جميع نصيبك؛ لأن اسم الشقص، كما يطلق على الكثير ينطلق على القليل، فيقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم.

وزان مسألة البيع من مسألة القسمة ما إذا قال البائع: بعت نصيباً من الدار، ولم

يقول : بعت نصيبي ، وهناك لا يجوز البيع إذا جهل أحدهما النصيب ، ووزان مسألة القسمة من مسألة البيع ما إذا قال : الشقص الذي لنا في الدار الأخرى ، وهناك كان الجواب في القسمة كالجواب في البيع ، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده ، وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله .

ومن المشايخ من فرّق بين القسمة والبيع ، والفرق أن مبنى القسمة على المعادلة في المنفعة والمالية ، ولا يصير ذلك معلومًا [لكل واحد منهما](١) إلا إذا كان الشقص معلومًا لكل واحد منهما ، فأما البيع عقد مقابلة يقصد به الاسترباح ، والمشتري هو الذي يقضي المبيع ، فيشترط أن يكون مقداره معلومًا له ، فأما حق البائع في الثمن ، وهو معلوم ، فيتحقق هذا المعنى .

يظهر الفرق إذا اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم شريك غائب أو صغير ليس له وصي لا تصح القسمة ، وإن فعلوا ذلك بأمر القاضي صحت القسمة ؛ لأن فعلهم بأمر القاضي كفعل القاضي بنفسه ، ولو قسم القاضي بنفسه وفيهم غائب أو صغير تصح القسمة ، وينصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، كذا إذا فعلوا بأمر القاضي ، وإن قدم الغائب وأجاز قسمتهم جاز ، كذلك إذا بلغ الصغير وأجاز قسمتهم ؛ لأن هذا تصرف عقد ، وله مجيز حال وقوعه ، فإن الغائب مجيز ، وكذلك أب الصغير أو وصيه مجيز ، وكل تصرف عقد وله مجيز حال وقوعه يتوقف .

فإن قيل : في هذا توقف الشراء ، ومن مذهبنا أن الشراء لا يتوقف ؟

قلنا : الشراء إنما لا يتوقف إذا كان شراء محضًا بأن اشترى شيئًا لغيره بدراهم بغير أمره ، فأما إذا كان الشراء فيه بيع ، فإنه يتوقف كما لو اشترى جارية لنفسه بعبد الغير ، فإن شراء الجارية يتوقف ؛ لأنه بيع في العبد ، إذا ثبت هذا فنقول : هذه القسمة شراء فيه معنى البيع ، فجاز أن يتوقف ، فإن مات الغائب أو الصبي فأجاز ورثته ، عملت إجازة الورثة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد رحمهم الله تبطل القسمة ، فوجه قول محمد رحمه الله تعالى أن موت من له الإجازة قبل الإجازة يبطل العقد ، كالبيع المحض .

وجه قولهما : إنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجازة احتجنا إلى إعادة مثلها ثانيًا

---

(١) زيد من بعض النسخ .

عند طلب بعض الشركاء، فلا يفيد الإبطال، بخلاف البيع المحض؛ لأنا لو أبطلنا ذلك البيع تموت من له الإجازة، لا نحتاج إلى إعادة مثلها ثانيًا، فكان في الإبطال فائدة، ثم إنما تعمل الإجازة من الغائب أو من ورثته أو من الوصي أو من الصبي بعد البلوغ إذا كان ما وقع عليه القسمة قائمًا وقت الإجازة، وأما إذا هلك فلا، كالبيع المحض الموقوف على الإجازة مما يعمل فيه الإجازة، إذا كان المبيع قائمًا وقت الإجازة، وكما تثبت الإجازة صريحًا بالقول تثبت الإجازة دلالة بالفعل، كذا في البيع المحض - والله أعلم -.

الفصل الرابع
فيما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل

١٣٥٢٤ - وتدخل الشجرة في قسمة الأرض وإن لم يذكروا الحقوق والمرافق، كما يدخل في بيع الأرض، ولا تدخل الزرع والثمار في قسمة الأراضي وإن ذكروا الحقوق؛ لأن الثمار والزرع ليست من حقوق الأرض، فحقوق الأرض ما لا ينتفع بها بدون الأرض، فيكون من [توابع الأرض والزرع والثمر مما ينتفع بها بدون الأرض، فلا يكون من](١) حقوق الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع المحض بذكر الحقوق، وكذلك إن ذكر المرافق مكان الحقوق لا تدخل الثمار والزرع في ظاهر الرواية؛ لأن في العرف يراد بالمرافق الحقوق، فصار ذكر المرافق وذكر الحقوق سواء.

ولو ذكروا في القسمة بكل قليل وكثير هو فيها ومنها، أو قال: بما ذكرت من حقوقها، لا يدخل الثمار والزرع، وإن لم يقل من حقوقها يدخلان، والأمتعة الموضوعة فيها لا تدخل على كل حال؛ لأن الأمتعة إن كانت فيها فليست منها بوجه ما، وهو إنما شرط لصاحبه كل قليل وكثير هو فيها ومنها، فما يكون فيها ولا يكون منها لا يكون له، بخلاف الزرع؛ لأن الزرع فيها من كل وجه [ومنها من وجه](٢)؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال تركيب، بهذا الطريق دخل الزرع في بيع الأرض بذكر كل قليل وكثير فيها ومنها.

وأما الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة؟ ذكر الحاكم الشهيد في المختصر: أنهما يدخلان، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في موضع آخر من هذا الكتاب، فإنه قال: إذا كانت الأرض بين قوم ميراثًا فاقتسموها بغير قضاء، فأصاب كل إنسان منهم قراح على حدة، فله شربه وطريقه ومسيل مائه، وكل حق لها، والصحيح أنهما لا يدخلان، ألا يرى أنهما لا يدخلان في البيع من غير ذكر الحقوق، فكذا في القسمة؛ لأنها بمعنى البيع إلا أن فرق ما بين البيع والقسمة أن البيع

(١) زيد من عدة النسخ.

(٢) زدنا من بقية النسخ.

جائز على كل حال، والقسمة جائزة إن أمكنه أن يجعل لأرضه شربا وطريقا من موضع آخر، وإن لم يمكنه إن علم وقت القسمة أن لا طريق ولا شرب له، فكذا القسمة جائزة وإن لم يعلم، فالقسمة باطلة؛ لأن البيع وضع لتمليك ما عقد عليه البيع، وقد حصل هذا المعنى على كل حال، فأما القسمة فكما أن فيها معنى التمليك ففيها معنى الإفراز لما كان لهم من المنفعة، والثابتة قبل القسمة، وإنما يتحقق الإفراز إذا لم يتضمن تفويت منفعة على بعض الشركاء منفعة كانت لهم قبل القسمة، فبدون ذلك لا يكون قسمة على الحقيقة، فيتوقف على رضاهم.

ثم إذا ذكر الحقوق والمرافق في القسمة، فإنما يستحق المشروط له الحقوق الطريق فيما أصاب صاحبه بالقسمة إذا لم يمكنه إيجاد طريق آخر، أما إذا أمكنه فلا، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

ولو كان الطريق في أرض غيرهما، استحق كل واحد منهما الطريق ذكر الحقوق، أمكنه إيجاد طريق آخر، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق في القسمة، وإنما ذكر كل قليل أو كثير هو فيها ومنها هل يدخل الطريق والشرب؟ ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن في المسألة روايتين: في رواية: لا يدخل؛ لأن هذه الحقوق ليست في المبيع، ولا منها، وفي رواية هشام عن محمد: يدخل بحكم العرف، فإنه كما يراد بهذه الكلمة إدخال ما فيها ومنها يراد بها إدخال هذه الحقوق.

١٣٥٢٥ - وإذا اقتسم رجلان أرضًا على أن لأحدهما هذه القطعة، وهذه النخلة، والنخلة في غير هذه القطعة، وعلى أن للآخر هذه القطعة الأخرى، ولم يقولوا: بكل حق هو لها، وعلى أن للآخر القطعة التي فيها تلك النخلة، فالذي شرط له النخلة يستحق النخلة بأصلها من الأرض حتى لم يكن للذي شرط له القطعة التي فيها النخلة أن يقطع النخلة، فالنخلة يستحق بأصلها فيه القسمة.

١٣٥٢٦ - وكذلك في الإقرار إذا أقر لرجل بنخلة فإنه يستحق بأصلها، وإن باع النخلة أو باع الشجرة مطلقًا، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن في المسألة روايتين، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ذكر في "النوادر": أن في البيع اختلافًا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، على قول أبي يوسف رحمه الله: يستحق النخلة بأصلها،

وعلى قول محمد رحمه الله: لا يستحق، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين القسمة والإقرار، والفرق أن في القسمة بعض ما يصيب كل واحد منهما باعتبار أصل ملكه، وأصل ملكه حيث محله، وربما يكون نخلة قبل القطع، ومن ضرورة استحقاق بعض النخلة بأصلها استحقاق جميع النخلة بأصلها، وكذلك في الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار بملك النخلة له، فأما البيع يوجب ملك مبتدأ، فلا يستحق به إلا المسمى فيه، والنخلة اسم ما ارتفع من الأرض من الأرض، فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من الأرض بتسمية النخلة في البيع ما لم يسم النخلة بأصلها، والخلاف يستحق في الإقرار والقسمة والبيع باتفاق الروايات، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه.

وذكر الخصاف في كتاب الشروط: أن الحائط والنخلة والشجرة سواء، ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: أن الشجرة تستحق بأصلها في القسمة، ولم يذكر مقدار ذلك، بعض مشايخنا قالوا: يدخل في القسمة من الأرض ما كان بإزاء العروق يوم القسمة، أعني عروقاً لو قطعت تنبت الشجرة، وإليه مال الشيخ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وبعضهم قالوا: يدخل في الأرض بمقدار غلظ الشجرة يوم القسمة، وإليه مال في الكتاب، فإنه قال: إذا ازدادت النخلة غلظاً كان لصاحب الأرض أن ينحت ما ازداد، فدل أنه قسم ما تحته من الأرض مقدار غلظ الشجرة وقت القسمة، فإن قطع الذي أصابته النخلة والشجرة، فله أن يغرز مكانها ما بدا له؛ لأن صاحبه ملك من الأرض بقدر الغلظ الذي كان وقت القسمة، فكان له أن يتصرف فيها ما شاء، فإن أراد أن يمر إليه فمنعه صاحب الأرض عنه إن ذكروا في القسمة بكل حق هو لها، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه، وله الطريق إلى نخلته، وإن لم يذكروا ذلك إن علم وقت القسمة أن لا طريق له، فالقسمة جائزة، وإلا فالقسمة مردودة.

١٣٥٢٧ - وإذا كانت قرية وأرض ورحى منه بين قوم بالميراث؛ فاقتسموها، فأصاب رجل الرحى ونهرها، وأصاب آخر البيوت وأقرحة مسماة، وأصاب آخر أيضاً أقرحة مسماة، فاقتسموها بكل حق هو لها، فأراد صاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض أصاب صاحبه بالقسمة، فمنعه صاحبه، فليس له منعه إذا كان النهر في وسط أرض هذا، ولا يصل إليه إلا بأرضه؛ لأن ذكر الحقوق والحالة هذه لاشتراط هذا

الطريق، والطريق يستحق بالشرط، وإن كان يصل إلى النهر بدون أرضه، بأن كان النهر متفرجاً مع حد الأرض، ولم يكن له أن يمر في أرض هذا.

وإن كان الطريق إلى النهر في أرض الغير، لا في نصيب صاحبه، فالحق في القسمة بذكر الحقوق أمكنه الوصول إلى النهر بدون تلك الأرض، أو لم يمكن، وقد مر جنس هذا.

وإن لم يشترطوا في القسمة الحقوق والمرافق وما أشبهها، وكان الطريق في أرض الغير، فإن لم يمكنه فتح الطريق في نصيبه، فالقسمة فاسدة إلا إذا علم بذلك وقت القسمة، وإن أمكنه فتح الطريق في نصيبه، فالقسمة جائزة.

وكذلك إذا أمكنه العبور في بطن النهر، بأن يصيب الماء من موضع منه، وكان يمكنه المرور في ذلك فهو قادر على أن يمر في نصيبه، فيكون القسمة جائزة، وإن لم يكن من النهر شيء مكشوف، فالقسمة فاسدة؛ لأن المرور متعذر إن كان الماء كبيراً، متعسر إن كان قليلاً، فلا يلتفت إليه، والتحق هذا بما إذا لم يمكنه فتح الطريق في نصيبه.

١٣٥٢٨ - ويدخل العلو والكنيف والشروع في قسمة الدار، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، والظلة لا تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يدخل إذا كان مفتحها من الدار، والجواب في القسمة نظير الجواب في البيع.

١٣٥٢٩ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله: دار بين قوم اقتسموا، فوقع في نصيب أحدهم بيت فيه حمامات، فإن لم يذكر الحمامات في القسمة، فهي بينهم كما كانت، وإن ذكروها، فإن كانت لا يؤخذ إلا بصيد، فالقسمة فاسدة؛ لما ذكرنا أن القسمة في معنى البيع، وبيع الحمامات إذا كانت لا يؤخذ إلا بصيد فاسد، فكذا القسمة.

وإن كانت الحمامات تؤخذ بغير صيد، فالقسمة جائزة؛ لأن بيع الحمامات إذا تؤخذ بغير صيد جائز، وهذا كله إذا اقتسموها بالليل حتى اجتمعت كلها في البيت، فأما إذا اقتسموها بالنهار بعدما خرجت من البيت، فالقسمة فاسدة كالبيع.

في مجموع النوازل: شريكان اقتسما كرماً بنصفين، وفيه أعناب وثمار، فقالا: على أن هذا النصف لفلان بكل قليله وكثيره، أو قالا: [illegible] يدخل الأعناب.

والثمار، يصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولا : ذلك، تبقى مشتركة؛ لأن قسمة العقار بيع، وبيع الكرم لا يكون بيعًا للأعناب والثمار إلا بالتنصيص، أو بذكر القليل والكثير.

في "فتاوى أبي الليث رحمه الله": كرم بين اثنين اقتسماه، فوقع النصف الأعلى في نصيب أحدهما مع الطريق القديم، ووقع النصف الأسفل في نصيب الآخر مع طريق دفعوه للنصف الأسفل، وفي الطريق الذي للنصف الأسفل أشجار، قال الفقيه أبو القاسم: الأشجار لمن جعل له الطريق، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن جعلا ملك الطريق له، فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة بيع الأرض والشجرة تدخل في بيع الأرض تبعًا، وإن جعلا حق المرور له لا ملك الطريق، فالأشجار مشتركة بينهما كما كانت.

فيه أيضًا: لو كان بين شريكين دار، فرفعا بابًا منها، ووضعاه فيها، ثم قسم الدار، فالباب الموضوع لا يدخل في القسمة إلا بالذكر، كما في البيع - والله أعلم بالصواب-.

الفصل الخامس

في الرجوع عن القسمة، واستعمال القرعة فيها

١٣٥٣٠ - قال محمد: إذا كان العبد أو الشيء بين رجلين، فأرادا قسمتهما وقسمها القاسم بينهما، ولم يحضرا عن نفسه القاسم، ثم بدا لأحدهما الرجوع، فإن بدا له قبل تمام القسمة، بأن كان ذلك قبل خروج القرعة، فله الرجوع؛ لأن المقصود من القسمة وهو تعيين الأنصباء لم يحصل قبل الإقراع، فحاله ما قبل الإقراع من القسمة، والمقصود لم يحصل كحالة المساومة في باب البيع.

وإن بدا له بعد تمام القسمة بأن بدا له بعدما خرج قرعتهما، أو بعدما خرج قرعة أحدهما، وتعين نصيب كل واحد منهما ليس له الرجوع؛ لأن القسمة في معنى البيع، والرجوع عن البيع بعد تمامه لا يصح، فكذلك الرجوع عن القسمة.

وإن كان الشركاء ثلاثة، فخرج قرعة أحدهم، فلكل واحد منهم الرجوع؛ لأن القسمة لم تتم في حق كل واحد منهم، أما في حق من لم يخرج قرعته؛ لأنه لم يتعين نصيب كل واحد منهم، وأما في حق من خرج قرعته وإن تعين نصيبه؛ لأن ما بقي على صاحبه [من نصيبه لم يتعين بعد](١)، فكأنه وجد إحدى شطري القسمة، وإن خرج قرعة اثنين منهم لم يكن لأحدهم أن يرجع، ليس له ذلك؛ لأنه تعين نصيب كل واحد منهم، وتمت القسمة في حقهم؛ لأن بخروج السهمين تعين السهم الثالث.

ولو كان الشركاء أربعة، فما لم يخرج قرعة ثلاثة منهم فلكل واحد منهم الرجوع، وهو نص على هذا في نوادر ابن رستم. ولو كانت القسمة من القاضي، أو قسّامه، فليس لأحد الشركاء الرجوع، وإن لم يخرج السهام أصلاً؛ لأن القاضي يجبرهم ذلك، فلا يلتفت إلى رجوع واحد منهم، ولا يمنعه خروج القرعة، ولا قبل خروجه.

---

(١) هكذا في م، [illegible] ساقط.

وإذا كان غنم بين قوم تساهموا عليها قبل أن يقسموها ، فأيهم خرج سهمه أو لا فله كذا الأول فالأول ، فهذا لا يجوز ؛ لأن ذلك مجهول ؛ لأنه لا يدري نصيب كل واحد منهم بعد الإقراع ، فإنه لا يدري أي عشرة تحصله الجيد ، أو الوسط أو الردي ، وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة ، فتفسد القسمة ، كما يفسد البيع ، وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم ، فجعلوا الإبل قسما والبقر قسما والغنم قسما ، ثم تساهموا عليها ، وأقرعوا ، فهذا جائز ؛ لأن ما يصيب كل واحد منهم بعد القرعة معلوم ، بخلاف الفصل الأول ، فإن ما يصيب كل واحد بعد القرعة ثمة ليس بمعلوم .

١٣٥٣٦ - وإن كانت الدار بين رجلين ، فاقتسما على أن أخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه ، وأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه ، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم يقع الحدود بينهما ، ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقوع الحدود ، وإنما يعتبر رضاهما بعد وقوع الحدود ، وهذا لأن الرضا بالقسمة إنما يعتبر وقت وجود القسمة وتمامها ، كالرضا بالبيع يعتبر وقت وجود البيع وتمامه ، وتمام القسمة بوقوع الحدود والتعيين إما بالنص أو بالإقراع ؛ لأن الإفراز به يتحقق .

ذكر في "الأجناس" : القرعة ثلاث : الأولى : لإثبات حق وإبطال حق آخر ، وإنها باطلة ، كمن أعتق أحد عبديه بغير عينه ، ثم تعين بالقرعة ، والأخرى : لطيبة النفس ، وإنها جائزة ، كما يقرع بين النساء ليسافر بها ، والثالثة : لإثبات حق واحد ، وفي مقابلته مثله ، فيفرض لها كل حقه كالقسمة ، وهو جائز ، والله أعلم بالصواب .

الفصل السادس
في الخيار في القسمة

١٣٥٣٢ - الخيار نوعان: نوع يثبت بالشرط، ونوع يثبت بدون الشرط، والذي يثبت بدون الشرط نوعان: خيار الرؤية، وخيار العيب، والقسمة نوعان: قسمة يوجبها الحكم يعني بها قسمة يجبر الآبي عليها، وقسمة لا يوجبها الحكم يعني بها قسمة لا يجبر الآبي عليها. وقد أفرد محمد رحمه الله في "الأصل" لكل خيار بابًا، وبدأ بخيار الرؤية، فنحن نبدأ به أيضًا، فنقول:

خيار الرؤية يثبت في القسمة التي لا يوجبها الحكم؛ لأن إثباته مفيد، وهل يثبت في القسمة التي يوجبها الحكم؟ ينظر، إن وقعت هذه القسمة في ذوات الأمثال من المكيل والموزون، أو العدديات المتقاربة من جنس واحد، لا يثبت؛ لأن إثباته غير مفيد؛ لأنه متى أثبتناه ونقضت القسمة به يجب إعادتها كما وقعت أول مرة، فلا يفيد الاشتغال به، بخلاف القسمة التي لا يوجبها الحكم؛ لأنا لو نقضناها بخيار الرؤية، لا يجب إعادة[1] مثلها ثانيًا، فكان الإثبات مفيدًا.

وإن وقعت هذه القسمة في غير ذوات الأمثال كالغنم والبقر والإبل والثياب الهروية أو المروية، ففيه روايتان، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه يثبت، وذكر في رواية أبي حفص رحمهما الله: أنه لا يثبت، والصحيح ما ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله، ووجه ذلك: أن إثبات الخيار في هذه القسمة مفيد؛ لأن المعادلة في غير المكيل والموزون يعتبر من حيث القيمة، والقيمة تعرف بالحزر، فيتوهم جريان الغلط فيها، فمتى نقضنا هذه القسمة بخيار الرؤية ربما يعاد على وجه يكون أعدل من الأول، فكان النقض مفيدًا، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن المعادلة فيه يعتبر من حيث الأجزاء، لا من حيث القيمة، فمتى نقضناها احتجنا إلى إعادة مثلها.

١٣٥٣٣ - ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: الحنطة والشعير وكل ما يكال وكل

---

(١) في م: إعادة.

ما يوزن، وأثبت في قسمتها خيار الرؤية، قال مشايخنا رحمهم الله: أراد بما قال: الحنطة والشعير جميعًا، والمكيل والموزون جميعًا لا أحدهما على الانفراد، حتى يكون المقسوم أجناسًا، فيكون قسمة لا يوجبها الحكم بتراضيهما، فيثبت فيها خيار الرؤية، وإن أراد بذلك الحنطة على الانفراد [أو الشعير على الانفراد][1] فهو مجهول على ما إذا كان صفتها مختلفة، بأن كان البعض علكة وعوا، أو البعض حمراء أو البعض بيضاء، واقتسما كذلك، حتى تكون القسمة واقعة على وجه لا يوجبها الحكم، أو كانت صفتها واحدة، إلا أنه أصاب أحدهما من أعلى الصبرة، وأصاب الآخر من أسفله، وهكذا الجواب في الذهب التبر والفضة التبر، وكذلك أواني الذهب والفضة والجوهر واللآلئ، وكذلك العروض كلها، وكذلك السلاح والسيوف والسروج.

١٣٥٣٤- وإذا كانت ألفا درهم بين رجلين، كل ألف في كيس، فاقتسما على أن لأحدهما كيسًا وللآخر كيسًا، قد رأى أحدهما المال كله، ولم ير الآخر، فإنه لا يثبت خيار الرؤية؛ لأنها قسمة وقعت على وجه يوجبها الحكم؛ وهذا لأن الدراهم والدنانير أثمان من كل وجه، ولا مقصود في عينها، إنما المقصود الثمنية، وبمعرفة المقدار يصير المقصود معلومًا على وجه لا يتفاوت، فيتم الرضاء به قبل الرؤية، بخلاف سائر الأعيان.

قال: إلا أن يكون قسم الذي لم ير المال شراهما، فيكون [له الخيار، وإن شاء ردّ القسمة، وإن شاء أمضاها، واختلف المشايخ في تعليله، قال بعضهم: لأنه إذا كان قسمه شراهما بأن كان ديونًا كان ذلك عيبًا، فرد بخيار العيب، لا بخيار الرؤية وخيار][2] العيب ثبت في القسمات كلها.

وبعضهم قالوا: لأنهم إنما رضوا بقسمته على أن يكون في الصفة مثل ما أخذ صاحبه، فإذا كان دون ذلك لا يتم به الرضاء، فيتخير في ذلك، كما لو رأى عند الشراء جزءًا من المكيل أو الموزون، ثم كان ما بقي شرًا مما رأى، فإنه يثبت له الخيار، فهذه إشارة إلى أن الرد بخيار الرؤية.

١٣٥٣٥- وإذا اقتسم الرجلان بستانًا وكرمًا، فأصاب أحدهما البستان، وأصاب

(١) زيد من م.

(٢) زيد من م.

لأجل الشجر، وقبض كل واحد منهما الذي أصابه، ولا رأى شجرة ولا نخلة، وإنما رأى الحائط من ظاهره، سقط خيار الرؤية برؤية الظاهر، كرؤية صحن الدار.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه: وبهذه المسألة تبين ضعف قول من يقول في مسألة بيع الدار إذا رأى المشتري ظاهر الدار، ولم ير داخلها أن جواب محمد رحمه الله تعالى أنه لا خيار للمشتري محمول على دور الكوفة؛ لأنها لا تتفاوت في السعة والضيق، ألا يرى أن محمدًا رحمه الله في مسألة البستان والكرم اكتفى برؤية الظاهر مع أن في البستان والكرم المقصود متفاوت بتفاوت الأشجار والنخيل، ولم يشترط رؤية شيء من ذلك، فعلم أن المعنى في تلك المسألة إنما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه، فقام رؤية البعض في إسقاط الخيار.

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: تأويل قوله: ولا رأى شجره ولا نخله كل الشجر وكل النخيل، فأما إذا رأى رؤوس الأشجار ورؤوس النخيل، أما لو لم ير رؤوس الأشجار أيضًا لا يسقط خيار الرؤية، وعلى القياس هكذا يقول في بيع المحض، ثم إذا ثبت خيار الرؤية في القسمة في أي موضع ثبت، يبطل بما يبطل به خيار الرؤية في البيع في القسمة في موضع المحض؛ لأن القسمة في معنى البيع، وقد عرف تفاصيل ذلك في كتاب البيوع.

جئنا إلى خيار العيب، فنقول: خيار العيب يثبت في نوعي القسمة جميعًا؛ لأن إثبات خيار العيب مفيد في النوعين جميعًا، فإن القسمة متى نقضت بسبب العيب لا يحتاج إلى إعادتها على حسب ما وقعت أول مرة، بل يعاد على وجه يزول الضرر عن وقوع العيب في قسمه، بيانه: إذا وجد واحد من الشركاء عيبًا في شيء من قسمه، فإن كان قبل القبض رد جميع نصيبه، سواء كان المقسوم شيئًا واحدًا أو أشياء مختلفة، كما في البيع، وإن كان بعد القبض، فإن كان المقسوم شيئًا واحدًا حقيقة وحكمًا، كالدار الواحدة أو حكمًا لا حقيقة، كالمكيل والموزون، رد جميع نصيبه، وليس له أن يرد البعض دون البعض، كما في البيع المحض، وإن كان المقسوم أشياء مختلفة حقيقة وحكمًا كالأغنام، يرد المعيب خاصة، كما في البيع المحض، وما يبطل به خيار العيب في البيع المحض، كذا

(١) هكذا في م، وكذا في الأصل [illegible]

يبطل به في القسمة؛ لأن في القسمة معنى البيع على ما مرّ.

١٣٥٣٦ - وإذا استخدم الجارية بعد ما وجد بها عيبًا، ردّها استحسانًا، وإذا دام على سكنى الدار بعد ما علم بالعيب فله أن يردها بالعيب استحسانًا أيضًا، وإذا دام على ركوب الدابة، أو دام على لبس الثوب بعد ما علم بالعيب لا يرد بالعيب استحسانًا وقياسًا. والاستحسان في مسألة السكنى طريقان: أحدهما: أن الدوام على السكنى بعد ما علم بالعيب محتمل بين أن يكون لاختيار الملك فيسقط خياره، وبين أن يكون للعجز عن الانتقال؛ لأن الانتقال من دار إلى دار لا يخلو عن كلفة ومؤنة. وربما لا يتهيأ له ذلك، فلا يكون اختيارًا للملك مع الشك، فلا يسقط خياره، بخلاف الدوام على الركوب واللبس؛ لأنه لا عجز عن النزع والنزول، فكان لاختيار الملك، فعلى مورد هذه الطريقة يقول: إذا أنشأ السكنى بعد ما علم بالعيب سقط خياره؛ لأن إنشاء السكنى لا يكون إلا لاختيار الملك؛ لأنه لا يحتمل العجز عن الانتقال، ومحمد رحمه الله لم يذكر فصل إنشاء السكنى في بعض روايات كتاب القسمة إنما ذكر فصل الدوام.

الطريق الثاني: أن الدوام على السكنى محتمل بين أن يكون بالملك الحادث لهما بالقسمة من جهة صاحبه، فيدل على اختيار الملك، وبين أن يكون بملكه القديم؛ لأن كل واحد منهما يملك ذلك بملكه القديم من غير رضا شريكه؛ لأن الناس لا يتفاوتون فيه، فعلى هذا الاعتبار لا يكون اختيارًا للملك، فلا يثبت له الاختيار بالشك، بخلاف الدوام على اللبس والركوب؛ لأنه لا يحتمل أن يكون بالملك القديم؛ لأن أحد الشريكين لا يملك ذلك من غير رضا شريكه؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس، فتعين أن يكون بالملك الحادث، فعلى مورد هذه الطريقة يقول: إذا أنشأ السكنى بعد ما علم بالعيب لا يسقط خياره، وإلى هذا أشار في بعض روايات هذا الكتاب، وأما في البيع المحض هل يسقط خيار العيب بالسكنى دوامًا كان أو إنشاء؟ فلا ذكر لهذه المسألة في كتاب البيوع، وقد اختلف المشايخ فيه، فمن سلك الطريق الأول في مسألة القسمة يقول: خيار العيب في القسمة والبيع المحض يبطل بإنشاء السكنى، ولا يبطل بدوامه، ومن المشايخ من فرّق بين البيع المحض وبين القسمة، فقال: في البيع يبطل خيار العيب بالسكنى إنشاء ودوامًا، وفي القسمة لا يبطل خيار العيب بالسكنى لا إنشاء ولا دوامًا.

بمسألة ذكرها في كتاب الصلح، وصورتها(١):

١٢٥٢٨- رجل اشترى من آخر جارية وقبضها وباعها من غيره، فهلكت عند المشتري، ثم اطلع المشتري الثاني على عيب بها، فإن له أن يرجع بنقصان العيب على بائعه، وهو المشتري الأول، وهل للمشتري الأول أن يرجع على بائعه؟ ذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع، فههنا يجب أن يكون على الخلاف أيضاً.

ومن المشايخ رحمهم الله من يقول: ما ذكر في كتاب القسمة قول الكل، وفرق هذا القائل بين مسألة كتاب القسمة وبين مسألة كتاب الصلح.

ووجه الفرق: أن في مسألة كتاب القسمة التزم ضمان النقصان باختياره؛ لأنه كان يمكنه أن ينقض البيع، ولا يؤدي النقصان، فهو معنى قولنا: التزم ضمان النقصان، فلا يرجع بذلك على غيره، أما في مسألة كتاب الصلح التزم ضمان النقصان على اضطرار وجبر، فإن القبول بعد الهلاك غير ممكن، فجاز أن يرجع بذلك على بائعه، ولكن هذا الفرق لا يكاد يصح؛ لأن في مسألة كتاب القسمة لا يمكنه القبول إلا بزيادة عيب يلزم، فكان مضطراً في التزام ضمان النقصان، والصحيح أن المسألة على الاختلاف.

جئنا إلى خيار الشرط فنقول: خيار الشرط يثبت في القسمة حيث يثبت خيار الرؤية، وما يبطل به خيار الشرط في البيع المحض يبطل به في القسمة، وإنما يصح اشتراط الخيار في القسمة على نحو ما يصح اشتراطه في البيع المحض، حتى يجوز اشتراطه ثلاثة أيام بلا خلاف، وما زاد على الثلاثة يكون على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله، وإن ادعى المشروط له الخيار بعد مضي مدة الخيار الفسخ في مدة الخيار، لا يصدق على ذلك، كما في البيع المحض.

(١) وفي م والأصل: إلى آخر المسألة

الفصل السابع

في بيان من يلي القسمة على الغير ومن لا يلي

١٣٥٣٩- الأصل: أن من ملك بيع شيء ملك قسمته؛ لأن في القسمة بيعًا وإفرازًا، ومن ملك بيع شيء ملك إفرازه ضرورة، إذا عرفت هذا، فنقول: الأب يقاسم مال ولده الصغير، عقارًا كان أو منقولاً بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش؛ لأنه يملك بيع مال ولده الصغير عقارًا كان أو منقولاً، بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش فكذا القسمة، ووصي الأب في ذلك بمنزلة الأب، والجد -أب الأب- حال عدم الأب، ووصي الأب بمنزلة الأب.

وأما وصي الأم يقاسم مال ولدها الصغير ما سوى العقار من تركة الأم إذا لم يكن للصغير أحد من سمّينا، ولا يقاسم ماله من غير تركة الأم، العقار والمنقول في ذلك على السواء، وهذا لأن وصي الأم قائم مقام الأم، والأم كانت تملك حال حياتها، كانت تملك بيع منقولاتها التي يرثها هذا الصغير تحصينًا على نفسها وعلى الصغير، فإنها ما لم تحصن ذلك وتحفظها لا يبقى لها، ولا تصير موروثًا للصغير من جهتها، وكانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك بيعها العقار والمنقول في ذلك على السواء، وما كانت تملك بيع عقارات نفسها التي يرثها هذا الصغير تحصينًا؛ لأنها محصنة بنفسها، وإنما كانت تملك بيعها لحاجتها إلى الثمن، إذا ثبت هذا في حق الأم ثبت في حق وصيها الذي هو قائم مقامها، فيملك وصيها بيع المنقولات التي ورثها من الأم تحصينًا، ولا يملك بيع عقاراته التي ورثها من الأم تحصينًا، وإنما يملك بيعها لحاجته إلى ثمنها، بأن كان عليه دين، ولا وفاء له إلا من ثمنها، ولا يملك بيع ما ورث الصغير من غير الأم، العقار والمنقول في ذلك سواء.

وإذا عرفت الجواب في البيع ظهر الجواب في القسم، ففي كل موضع ملك هذا الوصي البيع ملك القسمة؛ لأن في القسمة تحصين، فإن الإنسان أقدر على تحصين المقسوم، وفي كل موضع لا يملك البيع لا يملك القسمة، وكل جواب عرفته في وصي

[مع نصيب الصغير وقاسم الكبير][1].

١٣٥٤٤ - ولا تجوز القسمة على المبرسم والمغمى عليه، والذي يجن ويفيق إلا برضاه، أو وكالته في حالة صحته وإفاقته، وهذا لأن هذا العارض على شرف الزوال، فكان ملحقًا بالعدم، إلا أنه موجود حقيقة، فما يثبت للغير عليه من الولاية الثابتة بالوكالة حالة الصحة لا يزول، وما لم يكن ثابتًا للغير عليه من الولاية لا يثبت

(١) هكذا في الأصل.

ولا يحتاج إلى أن يبيع كل واحد من الورثة بما يخصه، وكذلك لو أن القاضي لم يسأل الورثة عن الدين، وقسم التركة بينهم حتى جازت القسمة ظاهراً، ثم ظهر الدين، فالقاضي ينقض القسمة إلا أن يقضوا الدين من مالهم -يعني الورثة- فحينئذ القاضي لا ينقض القسمة في الفصلين جميعاً.

وكذلك لو أبرأ الغريم الميت عن الدين لا ينقض القسمة؛ لأن الموجب للنقض حق الغريم، وقد زال حقه قبل النقض، فيمتنع النقض، وهذا كله إذا لم يعزل الورثة نصيب الغريم، ولم يكن للميت مال آخر سوى ما اقتسموا، أما إذا عزلوا، أو كان للميت مال آخر سوى ما اقتسموا، فالقاضي لا ينقض القسمة.

وكذلك الجواب فيما إذا اقتسم الورثة التركة بأنفسهم، ثم ظهر الغريم، وكذلك لو ظهر وارث آخر، لم تعرفه الشهود، أو ظهر موصى له بالثلث، أو الربع، وقد قسم الورثة التركة بأنفسهم، فإن القاضي ينقض القسم، ثم يستأنفها بعد ذلك؛ لأنه تبين أنها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء.

فإن قيل: أي فائدة في نقض القسمة واستئنافها من ساعته؟

قلنا: إذا لم ينقض القسمة يحتاج هذا الوارث أو الموصى له إلى أن يستوفي مما وصل إلى كل واحد منهم مقدار نصيبه، فيتفرق نصيبه في مواضع، وإذا استؤنفت[1] القسمة لا يتفرق نصيبه، وهذه فائدة ظاهرة.

فإن قالت الورثة: نحن نقضي حق هذا الوارث أو الموصى له من مالنا، ولا تنقض القسمة، لا يلتفت إلى قولهم، إلا أن يرضى هذا الوارث، أو الموصى له، فرق بين هذا وبينما إذا ظهر غريم أو موصى بألف مرسلة، فقالت الورثة: نحن نقضي حقه من مالنا، ولا ننقض القسمة أن لهم ذلك، والفرق أن حق الوارث، والموصى بالثلث، أو الربع في عين التركة، فإذا أرادوا أن يعطوا حقه من مالهم فقد قصدوا شراء نصيبه من التركة، فلا يصح إلا برضاه، ألا ترى أن في الابتداء لو أرادت الورثة أن يقسموا جميع التركة فيما بينهم، ويقضوا حق وارث آخر، وحق الموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك، وطريقه ما قلنا

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: استوفيت.

أما حق الغريم والموصى له بالألف مرسلة فليس في عين التركة، بل في معنى التركة من حيث الاستيفاء من مالية التركة، ومن مال الوارث سواء، ألا ترى أن في الابتداء لو أرادوا أن يقسموا جميع التركة بينهم، ويقضوا حقهما من مالهم، كان لهم ذلك، كذا هنا.

قال: وكذلك لو قضى واحد من الورثة حق الغريم من ماله على أن لا يرجع في التركة، فالقاضي لا ينقض القسمة، بل يمضيها؛ لأن حق الغريم قد سقط ولم يثبت للوارث دين آخر؛ لشرط أن لا يرجع، فأما إذا شرط الرجوع، أو سكت فالقسمة مردودة إلا أن يقضوا حق القاضي من مالهم؛ لأن دين القاضي في التركة بمنزلة دين الغريم، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا شرط الرجوع مشكل فيما إذا سكت، وينبغي أن يجعل متطوعًا إذا سكت.

والجواب: إنما لم يجعل متطوعًا لأنه مضطر في القضاء، ألا ترى أن الغريم قدمه إلى القاضي، فقضى القاضي عليه بجميع الدين؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الدين.

ثم ما ذكر أن الورثة إذا اقتسموا التركة، ثم ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث أو الربع، فالقاضي ينقض القسمة، فذلك إذا كانت القسمة بغير قضاء القاضي، فأما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، ثم ظهر وارث آخر، أو موصى له بالثلث، فالوارث لا ينقض القسمة إذا عزل القاضي نصيبه.

وأما الموصى له فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعضهم: لا ينقض، وإليه أشار محمد رحمه الله في الكتاب، فإنه قال في فصل الوصي: له أن ينقض القسمة إذا كانت القسمة بغير أمر القاضي، فهذا إشارة إلى أنها إذا كانت بقضاء، فالقاضي لا ينقض القسمة، وهذا لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة بمنزلة أحدهم، والوارث لا ينقض القسمة إذا كانت القسمة بقضاء، فكذا الموصى له. وبعضهم قالوا: ينقض، وفرقوا بين الموصى وبين الوارث، والأول أصح.

١٣٥٤٦ - ولو كان للميت وصي، يقسم التركة وعزل نصيب الوارث، أو عزل نصيب الموصى له بالثلث، صح قسمته على الوارث، ولم يصح على الموصى له، وإن كان بعض التركة دينًا، فاقتسموه، وشرط الدين في قسم بعضهم، فالقسمة فاسدة؛

هذا العين، ويكون هذا العين متروك الميت ميراثاً لهم، وبدعواه بعد ذلك نصيبه يدعي فساد القسم في هذا العين، فيدعي أنه ليس بميراث لهم، وهذا تناقض ظاهر.

١٣٥٤٨ - ولو ادعى أحد الورثة بعد تمام القسمة أن الميت أوصى لابنه الصغير بثلث ماله، لا تسمع دعواه؛ لأنه صار متناقضاً بدعوى فساد القسمة بعد ما أقر بصحتها. ولو كبر الابن، وادعى الوصية بالثلث بنفسه، وأقام البينة سمعت بينته؛ لأنه لا تناقض منه.

١٣٥٤٩ - وإذا ادعى أحد الورثة بعد تمام القسم على قدر ميراثهم من أبيهم أن أخاً له من أبيه وأمه ورث أباهم معهم، وأنه مات بعد أبيهم، فورثه هو وأراد ميراثه، لا يسمع دعواه لمكان التناقض؛ لأنه بالإقدام على القسمة على مقدار ميراثهم من أبيهم صار مقراً بأن حقه في مقدار معين، وبدعواه الثاني بعد ذلك ادعى أن حقه أكثر من ذلك القدر، وهذا تناقض ظاهر.

١٣٥٥٠ - وإذا كانت الأرض ميراثاً بين ثلاثة نفر عن أبيهم مات أحدهم وترك ابناً كبيراً، فاقتسم هو وعماه الأراضي على ميراث الجد، ثم إن الابن أقام بينة أن جده أوصى له بالثلث، وأراد إبطال القسمة، لم يسمع دعواه لمكان التناقض.

١٣٥٥١ - ولو لم يدع وصية من الجد، ولكن ادعى ديناً على أبيه، صحت دعواه؛ لأنه لا تناقض في دعوى الدين، فصحت دعواه الدين، وثبت الدين بإقامته البينة، وصار الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو كان الدين ثابتاً معاينة كان له أن ينقض القسمة، وليس لعميه أن يقولا: إن دينك على أبيك ليس على الجد، وقد أعطيناك نصيب أبيك، فإن شئت بعه في الدين، وإن شئت فأمسكه، وليس لك أن تنقض القسمة؛ لأنه لا فائدة لك في النقض؛ لأن بعد النقض يقضي دينك من نصيبك لا من ميراث الجد؛ لأن له أن يقول: لا، بل لي في النقض فائدة؛ لأن الثلث مشاع وربما يشترى بأكثر مما يشترى به مفرزاً، فكان في النقض فائدة؛ لأنه يزداد به مال الميت.

وهذا كرجل مات، وأوصى إلى رجل، وفي التركة دين غير مستغرق، وطلب الورثة من الوصي أن يفرز من التركة قدر الدين، ويقسم الباقي بينهم، كان له أن لا يقسم ذلك بينهم، ويبيع ذلك القدر مشاعاً؛ لأنه ربما يشترى بأكثر مما يشترى به مفرزاً، فيكون ذلك نظراً للميت، كذا هنا.

١٣٥٥٢ - ولو ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه في حياته بثمن مسمى، ونقد الثمن، وأقام البينة على ذلك، فهو جائز؛ لأنه غير مناقض في هذه الدعوى؛ لأن شراءه نصيب أبيه لا يوجب فساد القسمة، ولا ينافي ملك الجد، بل يقرر، وتكون القسمة جائزة؛ لأن ما ادعى من الشراء لو ثبت معاينة بقيت القسمة على الصحة، كذا إذا ثبت بالبينة.

١٣٥٥٣ - وإذا أقر الرجل أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا، ولم يقل: لهم، ثم ادعى بعد ذلك أن الميت أوصى له بثلثه، أو ادعى دينًا، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر متناقضًا في الدعوى؛ لأنه لم يسبق قبل هذه الدعوى سوى الإقرار الأول أن هذه الدار متروك الميت؛ لأن ميراث الميت ما تركه الميت، والدين والوصية لا ينافي كونه متروك الميت؛ لأنهما إنما يقضيان من متروك الميت - والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

الفصل التاسع
في الغرور في القسمة

يجب أن يعلم أن كل قسمة موجبها الحكم بأن كانت قسمة يجبر الآبي عليها، كالقسمة في جنس واحد لا يثبت فيها حكم الغرور، وإن حصلت بتراضيهما، وكل قسمة لا يوجبها الحكم، بأن كانت قسمة لا يجبر الآبي عليها، يثبت فيها حكم الغرور، كالقسمة في جنسين، أما في كل قسمة يوجبها الحكم فلأنه لا يثبت فيها حكم الغرور، إما لأن الحكم إذا كان يوجبها صار من حيث الحكم كأن القاضي الزمه، أو لأن كل واحد منهما مضطر في هذه القسمة، وإن حصلت بتراضيهما على ما مرّ في صدر الكتاب، وبالاضطرار ينتفي الغرور؛ لأن الغرور إنما يتحقق من المختار، ألا ترى أن الشفيع عند استحقاق الدار المشفوعة لا يرجع بقيمة ما بنى على المشتري؛ لأن المشتري لم يكن مختارًا في الدفع إليه.

١٣٥٥٤: وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه، وعلقت منه، واستحقها لم يرجع بقيمة الولد على الابن، وطريقه ما قلنا، ولأن القسمة فيما عدا المكيل والموزون إذا كانت قسمة يوجبها الحكم إفرازًا لعين الحق من وجه، ومبايعة من وجه على ما مرّ في صدر الكتاب، فباعتبار أنها مبايعة إن كان يثبت فيها حكم الغرور، فباعتبار أنها إفراز لا يثبت فيه حكم الغرور بالشك، بخلاف البيع المحض.

أما على المعنى الأول لأن البائع مختار في البيع، وليس بمضطر فيه، وأما على المعنى الثاني فلأنه ليس فيه إفراز الحق بوجه من الوجوه إذا لم يكن للمشتري فيه حق، قبل البيع بوجه من الوجوه.

أما القسمة فبخلافه، وأما كل قسمة لا يوجبها الحكم فإنما يثبت فيه حكم الغرور؛ لأن كل واحد منهم غير مضطر في هذه القسمة؛ لأن كل واحد متمكن من تمييز ملكه بقسمة كل جنس على حدة؛ ولأن كل واحد منهما غير موفٍ بعين الحق حقيقةً، فلا إمكان، ولا حكمًا لأن ما وصل إليه ليست بمثل لما كان له؛ لأن الدار ليست بمثل

الأرض، والأرض ليست بمثل الدار حتى يجعل جميع وصول المثل إليه كوصول عين الحق، فإذا اقتسم الرجلان داراً بينهما بشراء، أو ميراث، وبنى أحدهما في قسمه الذي أخذ بناء، ثم استحق من نصيب الباني الموضع الذي فيه البناء، ورد القسمة وأبطلها، لا يرجع على شريكه بشيء من قيمة البناء؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم.

وإن كان داران بينهما، فاقتسماهما، وأخذ هذا داراً، وهذا داراً، وبنى أحدهما في داره التي أخذها، واستحقت تلك الدار، رجع على شريكه بنصف قيمة البناء، ذكر المسألة في الكتاب مطلقاً من غير ذكر خلاف، من مشايخنا رحمهم الله من قال: المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله، أما على قولهما رحمهما الله: هذه قسمة يوجبها الحكم، ولهذا يجبر الآبي عليها، فيثبت فيها حكم الغرور.

ومنهم من قال: هذا قولهم جميعاً؛ لأن هذه القسمة لا يوجبها الحكم لا محالة، عندهما إنما يوجبها الحكم إذا رأى القاضي الصلاح في أن يلحقها بالجنس الواحد، أما قبل رؤية القاضي ذلك فلا، والجواب في الأرضين كالجواب في الدارين.

١٢٥٥٥ - ولو كانا خادمين، فاصطلحا على أن يأخذ هذا خادماً، وذاك خادماً، فعلقت إحدى الخادمين من الذي أصابها، ثم استحقها رجل، رجع على شريكه بنصف قيمة الولد، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله، وكذلك على قولهما على قول من يقول من المشايخ رحمهم الله: إن قسمة الرقيق قسمة جمع على قولهما موكول إلى رأي القاضي، وأما على قول من يقول من المشايخ رحمهم الله: إن الرقيق عندهما رحمهما الله يقسم قسمة جمع على كل حال لا يثبت حكم الغرور؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم لا محالة.

١٢٥٥٦ - وإذا كان دار واحدة وأرض بيضاء بين ورثة، فاقتسموا بغير قضاء، وبنى أحدهما في قسمه[1] بناء، ثم استحق قسمه[2]، ونقض بناءه، ورد القسمة، لا يرجع على شريكه بقيمة البناء، كذا ذكر في بعض نسخ كتاب القسمة، وهو محمول على ما إذا

---

(١) هكذا في "ظ" وكان في الأصل: قسمة.

(٢) هكذا في "ظ" وكان في الأصل: قسمة.

اقتسما الدار على حدة، والأرض على حدة، فتكون هذه قسمة يوجبها الحكم.

وذكر في بعض النسخ أنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء، وهو محمول على ما إذا اقتسما فأخذ أحدهما الدار، وأخذ الآخر الأرض، فيكون هذه قسمة لا يوجبها الحكم.

١٣٥٥٧- وإذا كانت الدار بين قوم، فقسمها القاضي بينهم، وجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة، وأجبرهم على ذلك، وبنى أحدهم في الدار التي أصابه بناء، ثم استحقت هذه الدار، وهدم بناءه، لا يرجع على شركائه بالقيمة، أما عندهما رحمهما الله: فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم عندهما رحمهما الله متى رأى القاضي الصلاح فيها، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله. فلأن القاضي لما قسمها قسمة جمع، فقد حصل قضاءه في فصل مجتهد فيه، فالتحقت الدور بالدار الواحدة عندهم جميعاً.

وفي "المنتقى" هشام عن محمد رحمهما الله: دار بين رجلين، جاء رجل إلى أحدهما، وقال: وكلني شريكك أن أقاسمك، فلم يصدقه، ولم يكذبه، فقاسمه، ثم بنى فيما صار له بناء -يعني الشريك الحاضر- ثم جاء الشريك الغائب، وأنكر أن يكون وكله بذلك، قال: يرجع صاحب البناء على الوكيل بقيمة البناء إن شاء؛ لأنه غره -والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب-.

الفصل العاشر

في القسمة يستحق منها شيء

١٣٥٥٨ - قال في «الأصل»: وإذا وقعت القسمة بين الشركاء في دار أو أرض، ثم استحق شيء منها، فالمسألة على ثلاثة أوجه، الأول: أن يستحق جزء شائع من الكل، بأن استحق نصف كل الدار أو ثلث كل الدار، أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه القسمة فاسدة، واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله في تعليل المسألة، بعضهم قالوا: إنما فسدت لحق المستحق؛ لأنها لو لم تفسد يحتاج المستحق إلى قسمة ما في يد كل واحد منهما، فيتفرق عليه نصيبه في الموضعين.

وبعضهم قالوا: إنما فسدت القسمة لأنها لا تفيد فائدتها؛ لأن فائدة القسمة إفراز الأنصباء، ولما ظهر لهما شريك ثالث في النصيبين ظهر أن الإفراز لم يحصل؛ لأن نصيب الثالث في النصيبين جميعاً.

الوجه الثاني: إذا استحق جزء بعينه مما أصاب واحداً منهم؛ وفي هذا الوجه القسمة صحيحة فيما بقي بعد الاستحقاق، وكان للمستحق عليه الخيار، إن شاء نقض القسمة، وعاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة، وإن شاء أمضى القسمة ورجع على صاحبه بعوض المستحق، وإنما بقيت القسمة على الصحة لأن ما هو المقصود من القسمة وهو الإفراز حاصل ههنا فيما وراء المستحق؛ لأن ما وراء المستحق لهما ليس لثالث فيه نصيب، ألا ترى أن هذا المستحق لو كان حاضراً وقت القسمة، واقتسما الباقي صح، إلا أن المستحق عليه بالخيار؛ لأنه تعيب نصيبه؛ لأن الباقي لا يشترى بمثل ما كان يشترى مع المستحق، فإن نقض القسمة عاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة، ويستأنفان القسمة فيما وراء المستحق، وإن أجاز القسمة رجع على صاحبه بعوض المستحق. وذلك ربع ما في يد صاحبه مثلاً إن كان المستحق نصف نصيب المستحق عليه؛ لأنا نعتبر استحقاق البعض باستحقاق الكل، ولو استحق كل نصيب أحدهما رجع على صاحبه بنصف ما في يده؛ لأن الذي أصاب المستحق عليه بالقسمة نصفه كان له، ونصفه اشتراه من صاحبه بما ترك

على صاحبه مما أصابه، فمن كان مالكاً له لا يرجع به على أحد وما اشتراه رجع على صاحبه بحصته، وذلك نصف ما في يد صاحبه، فإذا أراد كان عند استحقاق الكل، يرجع بنصف ما في يد صاحبه، فعند استحقاق النصف يرجع بربع ما في يد صاحبه، وعلى هذا القياس - والله أعلم -.

الوجه الثالث: إذا استحق جزء شائع مما أصاب واحداً منهما، وفي هذا الوجه القسمة لا تفسد عند أبي حنيفة رحمه الله، والمستحق عليه بالخيار على نحو ما بينا، فإن أجاز القسمة وكان المستحق نصف نصيبه مثلاً رجع على صاحبه بربع ما في يده، وقال أبو يوسف. تفسد القسمة ويستأنفان القسمة، وقول محمد رحمه الله مضطرب في نسخ أبي حفص مع أبي حنيفة رحمهما الله، وفي نسخ أبي سليمان مع قول أبي يوسف رحمهما الله. وهكذا ذكره الحاكم في «المختصر»، والأول أصح، فقد روى ابن سماعة رحمه الله وابن رستم رحمه الله قول محمد رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن المقصود من القسمة الإفراز، ولهذا القسمة إن حصل إفراز نصيب غير المستحق عليه، لم يحصل إفراز نصيب المستحق عليه، فتفسد القسمة، كما لو استحق جزء شائع من جملة الدار.

وجه قولهما: إن هذه قسمة أفادت مقصودها؛ لأن المقصود من هذه القسمة امتياز نصيب كل واحد من المتقاسمين، وانقطاع الشركة بينهما، وبهذه القسمة امتاز نصيب كل واحد منهما من نصيب صاحبه إلا أنه ظهر لأحدهما شريك في نصيبه، ومثل هذه الشركة لو طرأت بعد القسمة لا يوجب زوال الإفراز الحاصل بالقسمة الأولى، فإن كر حنطة بين اثنين اقتسماه، وأخذ كل واحد كراً على حدة، ثم خلط بكر أحدهما كر حنطة؛ فإن القسمة الأولى تبقى على حالها، فإذا قارن الإفراز لم يمنع ثبوته.

ولو كان باع أحدهما نصف ما أصاب بالقسمة، ثم استحق ما بقي له، فإنه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولا يتخير، بخلاف ما قبل البيع حيث يتخير؛ لأن قبل البيع قادر على رد ما بقي بعد الاستحقاق، وبعد البيع عجز عن رد ما وراء المستحق، فلهذا سقط خياره، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فالقسمة فاسدة لو كان ما وراء المستحق في يد المستحق عليه، كان عليه رد نصفه بحكم

الفساد . وقد عجز بائعه عن رده ؛ لأن البيع قد صح ؛ لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد يملك بالقبض ، فيرد قيمة نصف ما باع ، وذلك قيمة ربع نصيبه على صاحبه ، وكان نصيب صاحبه بينهما ، ويسلم لصاحبه نصيب المستحق عليه ما أخذ منه قيمة ربع نصيبه ، ويسلم للمستحق عليه أيضا ربع نصيبه .

وفي كتاب الشروط حمل المسألة على ثلاثة أوجه أيضا ، لكن لم يذكر ثمة ما إذا استحق جزء شائع من كل الدار ، وذكر مكانه ما إذا استحق جميع نصيب أحدهما ، وذكر أن القسمة باطلة ، ويقسم الباقي ، وهو الذي لم يستحق بينهما إن كان قائما في يد الآخر لم يبعه ، وإن كان باعه فالبيع ماض ؛ لأن نصف ما باع قد تم ملكه ، ونصفه عوض عما ترك لصاحبه ، وتبين أن ذلك قد استحق ، فبطل المستحق ملكه ، فالبيع من دون ملكه ، وعليه أن يرد على المستحق عليه نصف قيمة ما باع ، وذكر ما إذا استحق جزء بعينه من نصيب أحدهما ، وأجاب أن القسمة باطلة في الكل ، بخلاف ما كتبنا في المنتقى ، وذكر ما إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهما . وذكر في المسألة خلافا على ما كتبنا في الأصل ، على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تنتقض القسمة ، ولكن يخير المستحق عليه إن شاء نقض القسمة ، وضم ما بقي في يده إلى ما في يد الآخر إن كان الآخر لم يبع ما أصابه ، ويقتسمان ذلك بينهما ، وإن كان الآخر باع نصيبه يضم المستحق عليه ما بقي في يده إلى قيمة ما كان في يد الآخر ، فيقتسمانه نصفين .

١٣٥٥٩ - وفي المنتقى : إبراهيم رحمه الله عن محمد رحمه الله : ثلاثة إخوة ورثوا دورا ثلاثا [فاقتسموا بينهم على أن يأخذ](١) كل واحد منهم دارا ، ثم استحق نصف دار أحدهم ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : وهو قولنا : المستحق عليه يخير إن شاء نقض القسم كلها ، واستقبلوها ، وإن شاء أمسك النصف ورجع عليهما بثلث ما استحق من يده ، وإن كانت دارا واحدة فاقتسموها أثلاثا ، ثم استحق نصف نصيب أحدهم ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : هذا والأول سواء ، وقال أبو يوسف : ينتقض القسمة ، ولا خيار للمستحق عليه ، ويستوي فيه القسم بحكم وبغير حكم .

١٣٥٦٠ - وإذا كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ، فاقتسما فأخذ أحدهما أربعين

(١) هكذا في الأصل ، وكذا في بقية النسخ ، ويبدو أن هناك [illegible]

منها تساوي خمس مئة درهم، وأخذ الآخر ستين تساوي خمس مائة، فاستحق شاة من الأربعين تساوي عشرة، فإنه يرجع على صاحبه بخمسة دراهم في الستين شاة في قولهم، وتكون القسمة جائزة عندهم، ولا يخيّر المستحق عليه، أما القسمة جائزة فلأن المستحق شيء بعينه، وأما لا يخير المستحق عليه لأن الباقي لم يصر معيبًا باستحقاق ما استحق. وأما الرجوع بخمسة دراهم لأن المستحق شاة تساوي عشرة دراهم، فنصفها ملك له، فلا يرجع به على أحد، ونصفها قد اشتراه من صاحبه، وذلك خمس دراهم - والله أعلم بالصواب -

وكان الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول ، وبعض مشايخ عصره رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني ، وذكر القاضي الإمام الإسبيجابي رحمه الله في شرح أدب القاضي : أن دعوى الغبن بعد القسمة غير صحيح إذا كانت القسمة بالتراضي ، قال : وبعض المشايخ قالوا : يسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي .

وذكر في شرح الإسبيجابي دقيقة في هذا الفصل فقال : وهذا كله إذا لم يقر كل واحد منهما بالاستيفاء ، فأما إذا أقر بذلك لا يسمع دعوى الغلط ، والغبن من واحد منهما بعد ذلك إنما يسمع دعوى الغصب ، وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة : فنوعان أيضاً : نوع يوجب التحالف ، ونوع لا يوجب التحالف ، فالذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطاً في المقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط ، كمائة شاة بين رجلين اقتسما ، ثم قال أحدهما لصاحبه : قبضت خمسة وخمسين غلطاً ، وأنا ما قبضت إلا خمسة وأربعين ، وقال الآخر : ما قبضت شيئاً غلطاً ، وإنما اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسين ، ولك خمسة وأربعين ، ولم يقم لواحد منهما بينة ، فهذا هو صورة دعوى الغلط في القسمة من غير دعوى الغصب ، وهذا لأن غصب أحد العاقدين المعقود عليه من العاقد الآخر لا يتصور قبل قبض العاقد الآخر إياه منه ، فإن البائع إذا منع المبيع من المشتري بعد نقد الثمن ، لا يصير غاصباً حتى لو هلك هلك بالثمن ، كما قبل البيع ، وإنما وجب التحالف لأن القسمة بمعنى البيع ، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في المقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائماً ، فكذا في القسمة يتحالفان إذا كان المقسوم قائماً بعينه .

هذا كله إذا لم يسبق منهم إقرار باستيفاء الحق ، فأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب ، والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط ، بأن قال في المسألة : الشاة قسمت بالسوية ، وأخذنا ، ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطاً ، وقال الآخر : ما أخذت شيئاً من نصيبك غلطاً ، ولكن اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسين ، ولك خمسة وأربعين ، ولا بينة لواحد منهما ، فإنهما لا يتحالفان ، ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط .

وإن اختلفا في خروجهما في مقدار ما أصاب بالقسمة، كما في المسألة الأولى، فإنه يوجب التحالف، وذلك لأن بهذا الاختلاف إن كان يجب التحالف، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف، كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس، فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب. ولأنهما تصادقا على تمام القسمة، وصحتها، وأحد الاعتبارين يوجب الفسخ بالتحالف، والآخر يمنع، فلا تفسخ بالشك.

٢٤٤٦٢ - قال محمد رحمه الله: إذا اقتسم القوم أرضاً أو داراً بينهم، وقبض كل واحد منهم حصته من ذلك، ثم ادعى أحدهم غلطاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال في ذلك: لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما ادعى، فإذا قام البينة أعيدت القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه، وكان ينبغي أن لا تعاد القسمة؛ لأن وضع المسألة أن كل واحد قد قبض حقه، ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب، وفي دعوى الغصب يقضى للمدعي إذا قامت البينة عنده، ولا تعاد القسمة.

والجواب عن هذا أن يقال: إن محمداً رحمه الله ذكر إعادة القسمة عند إقامة المدعي البينة على دعوى الغلط، ولم يبين كيفية الدعوى، فيحمل دعواه على ما يوجب إعادة القسمة عند إقامة البينة، وبيان ذلك الوجه أن يقول المدعي للغلط لصاحبه: قسمت الدار بيننا بالسوية على أن يكون لي ألف ذراع ولك ألف ذراع، وزدت، ثم أخذت أنت مائة ذراع من نصيبي من مكان بعينه غلطاً، فيقول الآخر: لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ومائة ذراع، ولك تسع مائة ذراع، فيشهد الشهود أن القسمة كانت بالسوية، ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعي، فيثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية، ولم يثبت أخذه بعينه، ولا يدرى أن حق المدعي في أي جانب، فتجب الإعادة لهذا، ويكون هذا التأويل صحيحاً، وإنما لم يشهدوا بالغصب؛ لأن مدعي الغلط في هذا الوجه يدعي شيئين: القسمة بالسوية وغصب مائة ذراع، والشهود شهدوا بأحدهما، وهو القسمة بالسوية.

وإن لم يكن للمدعي بينة على ما ادعى يحلف المدعى عليه الغلط، ولا يتحالفان؛ لأن المدعي [illegible] والتحالف لا يجري في مثل هذا، فإن حلف المدعى عليه، ثم لم يثبت الغلط، والقسمة ماضية على حالها، وإن نكل ...

الغلط، فتعاد القسمة، كما في فصل البينة.

قال: وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل أو الموزون ادعى فيه أحدهما غلطاً بعد القسمة والقبض، فهو على مثل ذلك، ولم يرد بهذه التسوية التسوية بين جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في حق جميع الأحكام، وإنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام، وهو أن لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى، ألا ترى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى، لا تعاد القسمة، بل يقسم الباقي على قدر حقهما، وفي الغنم والبقر والثياب والأشياء التي تتفاوت يجب إعادة القسمة، كما في مسألة الدار، وهذا لأن قسمة الباقي على قدر حقهم في الغنم وأشباهه يوجب زيادة ضرر بالمدعي، فعسى لجواز أن يكون ما أخذ من نصيبه غلطاً كله جياداً، أو في قسم الباقي لا تصل إليه الجياد، فتعاد القسمة نفياً للضرر عن المدعي، كما في مسألة الدار، فإن في مسألة الدار إنما تجب قسمة الباقي على قدر حقوقهما دفعاً للضرر عن المدعي.

لأنا لو قسمنا الباقي على قدر حقهما ربما يقع له بالقسمة الثانية مائة ذراع في جانب لا يتصل بنصيبه، وكان في الأصل القسمة متصلاً بنصيبه، فتجب إعادة القسمة نفياً للضرر عن المدعي. أما في المكيل والموزون متى قسمنا الباقي على مقدار حقهما لا يتضرر به المدعي، فيجب قسمة الباقي على قدر حقوقهم، ولم تجب إعادة القسمة ثانياً لهذا.

١٢٥٦٣ - وإن اقتسم رجلان دارين، فأخذ أحدهما داراً والآخر داراً، ثم ادعى أحدهما لنفسه كذا كذا ذراعاً من الدار التي في يد صاحبه متصلاً في قسمه، فإن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله قالا: تقضى له بذلك، ولا تعاد القسمة، وليس كالدار الواحدة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، يريد به أن في الدار الواحدة متى ادعى أحدهما أذرعاً مسماة في نصيب صاحبه، فإنه تعاد القسمة، وأما على قياس قول أبي حنيفة: فالدعوى فاسدة، سواء كان الدعوى في دار واحدة، أو في دارين، ومعنى هذه المسألة أن أحد المتقاسمين، إن ادعى على صاحبه أنه شرط له كذا كذا ذراعاً من نصيبه في القسمة، وإنما كانت القسمة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الذي شرط زيادة أذرع من نصيبه لصاحبه صار بائعاً لذلك من صاحبه، وبيع كذا أذرع من الدار لا يجوز

عند أبي حنيفة رحمه الله ، عرف ذلك في كتاب البيوع ، فلا تجوز القسمة ، وإذا ثبت فساد الدعوى عند أبي حنيفة رحمه الله تجب إعادة القسمة دفعا للفساد ، وعندهما بيع كذا أذرع من الدار جائز ، فتجوز القسمة .

ثم إنهما فرقا بين الدارين وبين الدار الواحدة ، فقالا : في الدارين لا تعاد القسمة ، وقالا : في الدار الواحدة تعاد القسمة ، وكان يجب أن لا تعاد القسمة في الدار الواحدة أيضاً ، ويقضي للمدعي بذلك القدر من نصيب المدعى عليه ، كما في الدارين ؛ ولأن الإعادة لدفع الضرر عن المدعي كيلا يتفرق نصيبه ، ولا وجه إليه ؛ لأنه إن ادعى عشرة أذرع بعينه ، فلا ضرر عليه متى قضي له بذلك ؛ لأنه هكذا استحق بأصل القسمة ، وإن ادعى عشرة أذرع شائعة ، فكذلك ؛ لأنه لما شرط لنفسه عشرة أذرع في نصيب صاحبه شائعة مع علمه أنه ربما يفرق نصيبه متى تسم نصيب صاحبه مرة أخرى ، صار راضياً بالتفرق ، وإنما أوجب الإعادة في الدار الواحدة ؛ لأن المسألة محمولة على أنه ادعى أن صاحبه شرط له عشرة أذرع من نصيبه ، قال : ولا أدري كيف شرط لي عشرة بعينها متصل بنصيبي ، أو شائع في جميع نصيب صاحبه ، وشهد الشهود له بعشرة مطلقة ، ومتى كانت الحالة هذه لا يثبت الرضا من المدعي بالتفرق ؛ لأنه على تقدير أن يكون المشروط عشرة بعينه متصلة بنصيبه لا يكون راضياً بالتفرق ؛ فإذا لم يعلم القاضي كيف كان الشرط ، بنى القضاء على ما هو المستحق لكل واحد منهما في الدار الواحدة بالقسمة ، وهو أن يكون نصيب كل واحدة منهما مجتمعاً في مكان واحد ، بخلاف الدارين .

فإن الدارين وإن حملنا المسألة على أن المدعي قال : لا أدري كيف شرط لي العشرة لا تعاد القسمة ؛ لأن بإعادة القسمة في الدارين لا يزول ما كان يلحقه من زيادة ضرر ، فإن كان شرط لنفسه عشرة أذرع من مكان بعينه متصل بداره ؛ لأنه ربما لا يقع له في القسمة الثانية عشرة أذرع متصلاً بداره ، فلا يفيد إعادة القسمة ، فيقضي له بعشرة أذرع شائع ، كما شهد به الشهود .

١٢٥٦٤ - وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب ، فأخذ أحدهما أربعة ، وأخذ الآخر ستة ، فادعى آخذ الأربعة ثوباً بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه ، وأقام على ذلك بينة ، فإنه يقضى له بذلك ، سواء أقر بقبض ما ادعى من الزيادة أو لم يقر ، وإن لم يقم له بينة

ذكر في الكتاب أن صاحبه يستحلف، ولم يوجب التحالف، فهذا محمول على ما إذا أقر بقبض ما ادعى، ثم ادعى أن صاحبه أخذ ذلك منه غلطًا، فيكون مدعيًا الغصب على صاحبه، وفي مثل هذا لا يجب التحالف، وإن ادعى آخذ الأربعة ثوبًا بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه، وأقام الآخر بينة أنه أصابه في قسمه، قضي ببينة صاحب الأربعة، لأنه خارج فيه.

قال: والإشهاد على القسمة لا يمنع دعوى الزيادة على صاحبه، بخلاف الإشهاد على الاستيفاء، والفرق أن الإشهاد على القسمة لا يتضمن إقرارًا بقبض جميع الحق، كمباشرة القسمة، بخلاف الإقرار بالاستيفاء؛ لأن الاستيفاء عبارة عن قبض جميع الحق، والإقرار بالاستيفاء إقرار بقبض جميع الحق، فيصير متناقضًا بعد ذلك أنه لم يقبض بعض حقه.

١٣٥٦٥-في "المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: دار رجلين، قسمها القاضي بينهما، فقال أحدهما لصاحبه: الذي في يدي هو الذي أصابك، والذي في يدك لي، وقال الآخر: لا، بل الذي في يدي هو الذي أصابني، قال: لكل واحد ما في يده، ولا يصدق على صاحبه

وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجلان بينهما داران ميراثًا من أبيهم، قال كل واحد منهما لصاحبه: لك هذه الدار، ولي الأخرى على أن كل واحد منهم مائة ذرع، فإذا أحدهما مائة وذراع، فلهما أن يبطلا القسمة.

ولو قال كل واحد منهما لصاحبه: بعتك نصيبي من هذه الدار بنصيبك من الدار الأخرى على أن كل واحد منهما مائة ذراع، فإذا أحدهما مائة ذراع أو أكثر جاز؛ لأن هذا بيع، والأول قسمة -والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب-.

الفصل الثاني عشر
في المهايأة

٦٦٦٥ ١٣ - يجب أن يعلم بأن المهايأة قسمة المنافع، وأنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء، ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الأصل، وإنها قد تكون بالزمان، وقد تكون بالمكان، وتكلم العلماء في كيفية جوازها، بعضهم قالوا: إن جرت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً، كما في الثياب والأراضي يعتبر إفرازاً من وجه، مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة. وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر الآخر عليها.

وإن جرت في الجنس المختلف، كالدور والعبيد، يعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لا يجوز من غير رضاهما، وهذا لأنا ذكرنا أن المهايأة قسمة المنافع، فيعتبر بقسمة الأعيان، وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، واعتبرت مبادلة من وجه إفرازاً من وجه في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً، كالثياب حتى لا ينفرد أحدهما بهذه القسمة؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، ولكن إذا طلب أحدهم أجبر الآخر عليه؛ لأن التفاوت يسير. فكذا في قسمة المنافع.

وبعضهم قالوا: بأن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه، كأن ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه، وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه، ولا تعتبر مبادلة بوجه ما.

حجة هذا القائل: إن المهايأة جائزة في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأنه حينئذ يكون مبادلة المنفعة بجنسها، فإنه يحرم ربا النساء؛ ولأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، ولو كانت مبادلة من وجه لم جازت من غير ذكر بيان المدة. والأول أصح؛ لأن العارية ما يكون بغير عوض؛ لأن كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه إنما يترك بشرط

أن يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته، وإن لم يحرم النساء؛ لأن القياس أن لا يحرم النساء بأحد وصفي علة الربا النقد؛ لأن الدين مع العين يستويان في العدد إلا أن للعين فضلاً من حيث الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجود منه، إلا أن تفضل من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفي علة الربا، وهو القدر مع الجنس، فلأن لا يحرم عند وجود أحد وصفي علة الربا أولى، إلا أنا أثبتنا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفي علة ربا الفضل، وهو القدر أو الجنس بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهايأة إفراز من وجه مبادلة من وجه، فيعمل فيه بقضية القياس.

وقوله: بأن لكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، سنبين الوجه فيه بعد ذلك -إن شاء الله تعالى-

وقوله: بأن المهايأة تجوز من غير بيان المدة، قلنا: إنما جوزت لأنها قسمة المنافع، فتكون معتبرة بقسمة العين، ثم قسمة العين جائزة من غير بيان المدة، فكذا قسمة المنفعة.

١٣٤٦٧ - قال أبو حنيفة رحمه الله: دار بين رجلين، تهايئا على أن يسكن هذا منزلاً معلوماً وهذا منزلاً معلوماً، وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما منزله، ويأكل غلته، فهو جائز. كذا ذكر في بعض الروايات، وذكر في بعضها: أو على أن يؤاجر كل واحد منهما منزله، فعلى الرواية الأولى هذه مهايأة في السكنى والاستغلال جميعاً من حيث المكان، وبيان أنهما إذا تهايئا في السكنى ولم يشترطا الإجارة أن كل واحد منهما لا يملك إجارة منزله؛ إذ لو ملك كل واحد منهما ذلك، لم يكن لاشتراط الإجارة مع السكنى معنى، وإلى هذا ذهب أبو علي النسفي رحمه الله، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: ظاهر المذهب أن كل واحد منهما يملك إجارة منزله وإن لم يشترطا الإجارة وقت المهايأة، وعلى الرواية الثانية تكون هذه مهايأة.

أما في السكنى أو في الاستغلال من حيث المكان، وبيان أن المهايأة في الاستغلال تجوز حالة الانفراد مقصوداً، كما تجوز تبعاً للمهايأة في السكنى، وإن ملك كل واحد منهما إجارة منزله من غير الشرط في ظاهر المذهب على ما ذكره شمس الأئمة رحمه الله؛ لأن المهايأة قسمة المنفعة، فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يحصل مستحقاً له باعتبار

قديم ملكه؛ لأن الخدمة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة الكيل والموزون، وهو تملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له، لا من جهة غيره شرط ذلك أو لم يشترط، ولهما أن يقتسما العين، ويبطلا المهايأة إذا بدا لهما أو لأحدهما؛ لأن الأصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين، والمهايأة خلف عنه، ألا ترى أن في الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين، وطلب الآخر من القاضي المهايأة، فالقاضي لا يهايئ بينهما، فكذا في الانتهاء إذا طلب أحدهما قسمة العين لا يستدام المهايأة.

وذكر محمد رحمه الله في باب المهايأة في الحيوان: ولكل واحد منهما نقض المهايأة بعذر وبغير عذر، قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا هو ظاهر الرواية، وقال شمس الأئمة الحلواني: إنما يكون لأحدهما نقض المهايأة إذا قال: أريد بيع نصيبي من الدار، أو قال: أريد أن يقسم العين حتى يصير نصيب كل واحد منا. فأما إذا قال: افسخ المهايأة لتعود المنافع مشتركة بيننا كما كانت، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه ليس لكل واحد منهما نقض المهايأة من غير رضا صاحبه إلا عند إرادة القسمة، وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله مال إلى هذه الرواية، قال شيخ الإسلام رحمه الله: وإنما يكون لأحدهما النقض بعذر، وبغير عذر على ظاهر الرواية إذا حصلت المهايأة بتراضيهما، أما إذا حصلت بحكم الحاكم، ليس لأحدهما أن ينقض ما لم يصطلحا على النقض؛ لأنها إذا حصلت بحكم الحاكم لو نقضناها بنقض أحدهما احتجنا إلى إعادة مثلها ثانيًا، فأما إذا حصلت بتراضيهما لو نقضناها لا يحتاج إلى إعادة مثلها ثانيًا، وإنما يحتاج إلى ما هو أعدل من هذه القسمة، وهي القسمة بقضاء القاضي.

وليس لواحد منهما أن يحدث في منزله بناء أو ينقضه أو يفتح بابًا؛ لأن العين بعد المهايأة باقي على الشركة. وكذلك لو تهايئا على أن يكون السفل في يد أحدهما، والعلو في يد الآخر، فهو جائز على ما بينّا، هذا إذا تهايئا في دار واحدة من حيث المكان، وأما إذا تهايئا فيها من حيث الزمان، ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصلح: أنه يجوز، سواء تهايئا في السكنى، أو في الاستغلال، أو فيهما، وذكر محمد رحمه الله في الرقيات: أنه لا يجوز زمانًا ويجوز مكانًا، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنما اختلف الجواب

فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قسمة للقسمة. ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، وما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضاً عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه، والمعاوضة تقتضي التساوي، فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما لتستوي.

١٣٥٦٩ - وإذا آجر كل واحد منهما الدار التي في يديه، وأراد أحدهما أن ينقض المهايأة، ويقسم رقبة الدار فله ذلك، وهذا إذا مضى مدة الإجارة، فأما إذا لم تمض فليس للآخر نقض المهايأة صيانة لحق المستأجر. والمهايأة في النخل والشجر على أكل الغلة باطلة؛ لأن غلة النخل والشجر عين تبقى بعد حدوثها، وإنما جوزنا المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود، أو فيما يكون عوضاً عنه، كغلة الدار ونحوه، ولهذا لا يجوز المهايأة في الغنم على الأولاد والألبان والأصواف؛ لأنه يتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة.

١٣٥٧٠ - وإذا تهايئا في استخدام عبد واحد على أن يستخدمه هذا شهراً ويستخدمه هذا شهراً، فالتهايؤ جائز، وكذلك إذا تهايئا في استخدام العبدين تهايئا على أن يستخدم هذا هذا العبد شهراً، ويستخدم هذا هذا العبد شهراً، فهو جائز. أما في العبد الواحد فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم، ألا ترى لو طلب أحدهما المهايأة على هذا الوجه، وأبى الآخر، يجبر الآبي على طلبها، ويجوز بتراضيهما ما لا يوجبه الحكم، فلأن يجوز ما يوجبه الحكم أولى. ولأن التفاوت بين النصيبين إنما يتمكن من وجه واحد من حيث إن نصيب أحدهما نقد، ونصيب الآخر نسيئة، أما لم يتمكن التفاوت في مقدار الخدمة؛ لأن الذي منهما يستخدم العبد في نوبته يستخدمه بحكم الملك، فلا يتأتى في الاستخدام على وجه يضعفه؛ لأنه يشفق بالعبد المشترك، فالخدمة في الشهر الأول لا تضعفه عن الخدمة في الشهر الثاني

وإذا كان التفاوت من وجه واحد، كان يسيراً، فلا يمنع اعتبار معنى الإفراز، فكان إفرازاً من وجه، مبادلة من وجه، فلا يحرم النساء بسبب الجنس، وهذا بخلاف ما لو وقع التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال تهايئا على أن يؤاجره هذا شهراً، ويأكل غلته ويؤاجره هذا شهراً آخر، ويأكل غلته، حيث لا يجوز بلا خلاف؛ لأن التفاوت بين

النصيبين هناك يتمكن من وجهين : من حيث النفس والمنفعة ، ومن حيث مقدار الغلة ؛ لأن البادي من المستأجرين يستخدم العبد بحكم الإجارة ، فيبالغ في الاستخدام ، فيضعف ، فلا يستأجره المستأجر الثاني ، وقد ضعف بمثل ما استأجره الأول ، وإذا وقع التفاوت من وجهين ، كان فاحشاً ، ومتى فحش التفاوت لا نعتبر القسمة إفرازاً ، بل يعتبر مبادلة من كل وجه ، كما في قسمة العين في الجنس المختلف إذا فحش ، وإذا اعتبر مبادلة من كل وجه كان هذا مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها ، وأحدهما نسيئة ، فيكون رباً ، فلا يجوز وإن تراضيا عليه .

وأما في العبدين فإنما جاز التهايؤ على الاستخدام لأن قسمة العين على هذا الوجه تراضيهما جائزة عند الكل ، وإن كانت لا تجوز من غير تراضي عند أبي حنيفة رحمه الله ، فكذا قسمة المنفعة على هذا الوجه ؛ ولأن العبدين إذا استويا في النظر والمنظر ، لا يتفاوتان في الخدمة إلا يسيراً ، فلا يمنع ذلك اعتبار معنى الإفراز ، فتكون المهايأة في خدمتهما إفرازاً من وجه ، فلا يحرم النساء بسبب الجنس ، لما بينا أن حرمة النساء بسبب الجنس يختص بالمبادلات من كل وجه .

ولو تهايئا في العبدين على الاستغلال تهايئا على أن يؤاجر هذا هذا العبد شهراً ، فيأكل غلته ، ويؤاجر هذا العبد الآخر شهراً ، فيأكل غلته ، لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، هما يقولان : العبدان إذا استويا في النظر والمنظر والحرفة لا يتفاوتان في الغلة إلا يسيراً ، فلا يمنع ذلك وقوع الإفراز ، والتقريب ما ذكرنا في فصل الاستخدام ، ولأبي حنيفة رحمه الله : أن التفاوت في العبدين في الاستغلال تفاوت فاحش ، فإنا نرى عبدين مستويان في النظر والمنظر ، ويستأجر أحدهما بأكثر مما يستأجر به الآخر لزيادة حراقة في أحدهما ، فيعتبر المهايأة فيهما مبادلة من كل وجه ، فيحرم النساء بسبب الجنس ، وإن تراضيا عليه ، بخلاف ما لو تراضيا على قسمة العين على هذا الوجه ، حيث يجوز وإن كانت مبادلة ؛ لأن هناك لا يتحقق الربا ، وليس كالدارين حيث يجوز التهايؤ على الاستغلال فيهما مع فحش التفاوت عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن التفاوت ثمة باعتبار معنى المدارية .

فأما باعتبار الأرض فالتفاوت يسير بين الأرض والأرض ، ولهذا كانت قسمة

الأرضين إفراز من وجه ، مبادلة من وجه ، فيمكن اعتبار معنى الإفراز في هذه المهايأة باعتبار معنى الأرض ، ومهما أمكن اعتبار معنى الإفراز لا يثبت حرمة النساء بسبب الجنس ، فأما ليس في العبد شيئان يكون التفاوت باعتبار أحدهما فاحشًا ، وباعتبار الآخر يسيرًا ، إنما هو شيء واحد خلق في الأصل على التفاوت تفاوتًا فاحشًا ، فتعتبر المهايأة فيه مبادلة من كل وجه .

١٣٥٧١ - في « المنتقى » : جاريتان بين رجلين لهما لبن تهايئا على أن ترضع هذه ابن هذا سنتين ، وترضع هذه ابن هذا سنتين ، كان جائزًا ، قال : ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل والغنم ، علل فقال : لأن ألبان بني آدم لا قيمة لها ، وألبان هذه الأشياء لها قيمة .

١٣٥٧٢ - وإذا تهايئا في الدابتين ركوبًا أو استغلالا تهايئا على أن يركب هذا هذه الدابة شهرًا ، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرًا ، أو تهايئا على أن يؤاجر هذا هذه الدابة شهرًا ، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرًا ، فهذا جائز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز ، والكلام في التهايؤ في استغلال الدابتين نظير الكلام في التهايؤ في استغلال العبدين ، وقد مرّ هذا .

بقي الكلام في التهايؤ في الركوب ، فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الركوب تفاوت فاحش ، ولهذا لو استأجر دابة للركوب ، ولم يبين الراكب لا يجوز ، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه ، فيتمكن الربا ؛ لأنه مقابلة منفعة بمنفعة من جنسها .

ولهما : أن التفاوت من وجه واحد ، وهو الراكب ، لا من حيث النقد والنسيئة ، فكان يسيرًا ، فتعتبر المهايأة إفرازًا من وجه ، فلا يتمكن الربا ، وأما في الدابة الواحدة لا يجوز التهايؤ استغلالا ، بلا خلاف ، وهل يجوز[1] التهايؤ ركوبًا لا شك أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز ، وأما على قولهما رحمهما الله ، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه لا يجوز ؛ لأن التفاوت فكن من وجهين ، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : أنه يجوز .

١٣٥٧٣ - وإذا تهايئا في مملوكين استخدامًا ، فمات أحدهما ، أو أبق انتقضت المهايأة ؛ لأن كل واحد منهما إنما رضي بسلامة الخدمة للآخر بشرط أن يسلم له خدمة

---

(١) هكذا في بقية النسخ ، وكان في الأصل : فلا يجوز مكان : وهل يجوز .

الذي في يديه، ولم يسلمه، ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة أيام نقص الآخر من شهره ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا استخدمه الشهر وزيادة ثلاثة أيام، فإنه لا يزاد الآخر ثلاثة أيام؛ لأنا لو زدناها بحكم الإتلاف لا بحكم العقد؛ لأن المهايأة لم تتناول ما زاد الشهر، والمنافع لا تضمن بالإتلاف من غير عقد، فأما إذا انقضت ثلاثة أيام، فلو نقضنا نقضناها بحكم العقد؛ لأنه فات بعض المعقود عليه قبل القبض في مدة العقد، فلا يسلم الآخر ما[1] بإزائه من البدل بحكم العقد.

ولو أبق أحدهما الشهر كله، فاستخدم الآخر الشهر كله، فلا ضمان، ولا أجر، وكان يجب أن يضمن نصف أجر المثل؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه، والمبادلة من كل وجه لا تنفسخ بهلاك أحد العوضين قبل القبض، بل يفسد، ولهذا قالوا: من استأجر دارًا بعبد، وقبض الدار، ولم يسلم العبد حتى هلك العبد، ثم سكن الدار، كان عليه أجر المثل؛ لأن بهلاك العبد فسد العقد، ولم ينفسخ، فصار مستوفيًا سكنى الدار بحكم عقد فاسد. والجواب: المهايأة مبادلة من وجه، إفراز من وجه، فباعتبار المبادلة إن كان تتقوم المنافع فباعتبار الإفراز لا تتقوم، فلا تتقوم بالشك.

١٣٥٧٤- ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم، فلا ضمان عليه؛ لأنه عطب من عمل مأذون فيه، وكذلك المنزل لو انهدم من سكنى من شرط له، ولا ضمان؛ لما قلنا.

١٣٥٧٥- وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه، فلا ضمان؛ لأن هذا من جملة السكنى، ألا ترى أن المستأجر والمستعير يملكان ذلك، والسكنى مأذون فيه.

١٣٥٧٦- وكذلك لو توضأ فيها فزلق رجل بوضوئه، أو وضع فيه شيء، فعطب به إنسان، فلا ضمان، ولو بنى فيها بناء أو احتفر بئرًا فيه، ضمن بقدر ما كان ملك صاحبه، حتى إنه إن كان ملك صاحبه الثلث ضمن الثلث، وعندهما يضمن النصف على كل حال، فقد جعله جانيًا بالحفر وبالبناء في نصيب صاحبه، وإن كان مأذونًا بالسكنى فيه.

ومن أصحابنا رحمهم الله من قال: هذا الجواب غلط في البناء؛ لأن البناء ليس إلا

(١) وفي الأصل: "وما بإزائه" مكان "ما بإزائه".

وضع الآجرّ والطين واللبن بعضه على بعض ، ولو وضع جميع ذلك في الدار لا على وجه البناء ، لم يضمن ، كذا هنا .

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : فإن كان ما قال هؤلاء حقاً ، يجب أن يكون الجواب في المستأجر هكذا إذا بنى فيها شيئاً ، فعطب بها إنسان لا يضمن ، كما لو وضع فيه شيء ، قال رحمه الله : والرواية هنا بخلاف قولهم ، والرواية هنا رواية في فصل الإجارة أنه كان مضموناً عليه

١٣٥٧٧ - أمة بين رجلين ، فخاف كل واحد منهما صاحبه عليها ، فقال أحدهما : يكون عندك يوماً ، وعندي يوماً ، وقال الآخر : بل تضعها على يدي عدل ، فإني أحملها عند كل واحد منهما يوماً ولا أضعها على يد عدل ، قال مشايخنا رحمهم الله : ويحتاط في باب الفروج في جميع المواضع نحو العتق في الجواري ، والطلاق في النساء في فصل الشهادة وغير ذلك إلا في هذا الموضع ، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه ، وهو نظير ما أخبر القاضي أن فلاناً يأتي جواريه في غير المأتي ، ويستعملهن في العمل ، ويطأ زوجته في حالة الحيض ، وأمته من غير استبراء ، لا يكون للقاضي عليه سبيل لحشمة ملكه ، كذا هنا ، فإن تشاحا في البداية فالقاضي يبدأ بأيهما شاء ، وإن شاء أقرع ، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : والأولى أن يقرع بينهما تطييباً لقلوبهما ، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله .

١٣٥٧٨ - عبد وأمة بين رجلين ، فتهايئا فيهما على أن تخدم الأمة أحدهما ، ويخدم العبد الآخر على أن على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ، فاعلم بأن هنا ثلاث مسائل : في كل مسألة قياس واستحسان ، إحداهما : أنهما إذا سكتا عن ذكر الطعام في القياس يجب طعام العبد والأمة عليهما نصفان ، وفي الاستحسان يجب على كل واحد طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ، وفي الكسوة إن سكتا عن ذكرها يجب كسوة العبد والأمة عليهما نصفان ، قياساً واستحساناً

والثانية : إذا شرطا في المهايأة أن يكون على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ، ولم يقدر الطعام ، القياس أن لا يجوز ، وفي الاستحسان : يجوز ، وفي الكسوة إذا لم يتبينا المقدار لم يجز قياساً واستحساناً .

والغالب. إذا بيّن مقدار الطعام، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز، وكذلك في الكسوة إذا شرط ثياباً معلومة لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً.

١٣٥٧٩- والمهايأة برضى الخصوم جائزة عندهم، وكذلك لو تهايئا على أن يستأجر لهم أجيراً جاز، والمهايأة في دار وأرض على أن يسكن هذه الدار ويزرع هذه الأرض جائزة، وكذلك المهايأة في دار وحمام، والمهايأة في دار ومملوك على أن يسكن هذه الدار سنة، ويستخدم هذا المملوك سنة جائزة، وعلى الغلة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، والله أعلم بالصواب.

الفصل الثالث عشر
في المتفرقات

١٣٥٨٠ - يجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجرًا، ولكن المستحب أن لا يأخذ، وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبهًا بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي، ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنه تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ الأجر عليها، وقال أبو حنيفة رحمه الله: أجر قاسم الدور والأرضين على عدد الرؤوس، وقالا: على قدر الأنصباء.

وصورته: دار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن عمل القسام واقع لهم بالسوية؛ لأن عمل القسام[1] تمييز نصيب كل واحد منهم، ولا يمكنه ذلك إلا بمساحة الكل، فهو معنى قولنا: عمل القسام واقع لهم بالسوية، فيكون الأجر عليهم بالسوية.

وهما يقولان: عمل القسام في نصيب صاحب الكثير أكثر؛ لأن عمله المساحة والذرع، وإنه يكثر بكثرة المحل، قالوا: وهذا إذا طلبوا من القاضي القسمة بينهم، فقسم بينهم قاسم القاضي، فأما إذا استأجروا رجلا بأنفسهم، فإن الأجرة عليهم بالسوية، وهل يرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بالزيادة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وقالا: يرجع.

وكذلك إذا وكلوا رجلا ليستأجر رجلا يقسم بينهم، فاستأجر الوكيل، فإن الأجرة على الوكيل، واختلفوا في الرجوع، قال أبو حنيفة رحمه الله: يرجع عليهم بالأجرة على السواء، وقالا: يرجع على كل واحد منهم بقدر الملك

---

(١) وفي الأصل: «القاسم».

وأجاز القسمة ، ثم مات العبد في يد الأجنبي ، فالقسمة جائزة ، وقبض الأجنبي له جائز ، ولا ضمان عليه فيه ، وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة ، وللغائب نصف العبد الباقي ، وهو بالخيار في تضمين حصته من العبد الميت ، إن شاء ضمن الذي مات في يده ، وإن شاء ضمن شريكه ، وأيهما ضمن لا يرجع على الآخر بما ضمن .

قال في " نوادر ابن رستم رحمهما الله " في المتقاسمين إذا ميّز نصيب أحدهما بالقسم ، وفيه شجر أغصانها مظلة على قسم الآخر ، فله أن يطالبه بقطع الأغصان ، رواه عن محمد رحمه الله ، وروى ابن سماعة رحمهما الله عنه : أنه ليس له ذلك ؛ لأن الذي أصابه الشجر استحق الشجرة بجميع أغصانها .

١٣٥٨٦ - قال في " الأصل " : وإذا أصاب الرجل في القسمة ساحة لا بناء فيها ، وأصاب الآخر البناء ، فأراد صاحب الساحة أن يبني ساحته ، ويرفع بناءه ، فقال صاحب البناء : إنك تسدّ عليّ الريح أو الشمس ، فلا أدعك ترفع بناءك ، فلصاحب الساحة أن يرفع بناءه ما بدا له ، وليس لصاحب البناء أن يمنعه من ذلك ، وقال نصير بن يحيى وأبو القاسم الصفار رحمهم الله : لصاحب البناء أن يمنعه من ذلك .

والوجه لظاهر الرواية : إن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء ، فصاحب الحائط إذا سدّ الهواء بالبناء ، فإنما منعه من الانتفاع بملكه ، ولم يتلف عليه ملكاً ولا منفعة ملك ، فلا يمنع من ذلك ، وصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره أراد قلعها ، لا يمنع منه ، وإن كان فيه ضرر للجار ؛ لأن صاحب الشجر بالقلع يمنعه عن الانتفاع بملك نفسه ، ونظير هذه المسألة رواية في فصل لا رواية لها في الكتب .

وصورتها : دو خانه است ، يكى يك را كنبد ، ويكى را دو ، زند نيست به روى بام خانه ديكر ، خداوند خانه ديكر مى خواهد تا خانه خويش را دو تنبه كند اين ، خدا وند طاقچها باز مى دارد مى كويد طاقچها من بسته مى شود ، هل له أن يمنعه؟ ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة ؛ لأن صاحب البيت الآخر بجعل بيته ذي سقفين يمنع صاحب الطاقجات عن الانتفاع بهواء ملك نفسه ، كما في هذه المسألة .

وقد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في " فتاويه الصغرى " : إن كان البيتان في القديم بسقف واحد ، فلصاحب الطاقجات أن يمنعه من ذلك ، وإن كانا في القديم بسقفين ،

فليس له أن يمنعه، قال محمد رحمه الله: وعند العدم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان، فنجعل أقصى الوقت محفوظاً الناس حد القدم، ونبني عليه الأمر، وعلى ما ذكره الصدر الشهيد يحتاج إلى الفرق بين المسألتين، والفرق أن في مسألة البيتين الذي يريد البناء يمنع صاحبه عن الضوء، والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألتنا يمنعه عن الشمس والريح، وذلك من الحوائج الزائدة، وكذلك لصاحب الساحة أن يتخذ فيها حماماً، أو تنوراً أو بالوعة أو بئر ماء؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه، ويمنع به انتفاع غيره، وإن يوهن بئره حائط جاره، لا يجبر على تحويله، ولا يضمن ما سقط من حائط جاره، وكذلك لو أراد أن يجعل فيها رحى أو حداداً أو قصاراً، فليس لصاحبه منعه.

وحكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة للدور، فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم، أو رحى للطحن، أو مدقة للقصارين، لم يجز؛ لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً، وإن أراد أن يبني في داره تنوراً صغيراً كما جرت به العادة جاز. وكان أبو عبد الله الصميري رحمه الله إذا استفتي عمن أراد أن يبني في ملكه تنوراً للخبز في وسط البزازين، تارة كان يفتي بأن له ذلك، وتارة كان يفتي بأنه ليس له ذلك.

والحاصل أن في هذه المسائل وفي أجناسها: أن القياس أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم، وإن كان يؤدي إلى الإضرار بالغير، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضرراً بيناً، وقيل بالمنع، وبه أخذ كثير من مشايخنا رحمهم الله، وعليه الفتوى.

١٣٥٨٧- إذا كانت الدار في سكة غير نافذة، فمات صاحب الدار، وتركها ميراثاً لورثته، فاقتسم ورثته فيما بينهم على أن يفتح كل واحد منهم في نصيبه باباً إلى السكة، كان لهم ذلك، وإن أبى أهل السكة ذلك؛ لأن الورثة قائمون مقام الميت، والميت لو كان حياً كان له أن يفتح باباً آخر إلى السكة، وأن يكسر جميع الحائط الذي يلي السكة؛ لأنه يكسر جداراً هو خالص ملكه، ويمر في طريق هو طريق هذه الدار، فكذا ورثته.

١٣٥٨٨- وإذا كانت مقصورة بين ورثة بابها في دار مشتركة ليس لأهل المقصورة فيها إلا طريقهم، فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم باباً في نصيبه في هذه

الدار، فإنه ينظر إن كان الطريق المرفوع للمقصورة ملازقًا لحائط المقصورة طولًا حتى يحصل فتح كل واحد منهم بابًا في نصيبه إلى الطريق المقصورة في الدار، كان لهم ذلك، وإن لم يكن طريق المقصورة ملازقًا لحائط المقصورة طولًا، بل كان بحذاء باب المقصورة طولًا إلى الباب الأعظم من الدار، لا يكون لهم ذلك؛ لأنهم بفتح الباب إلى الطريق لا يأخذون أكثر من [الأعظم](١) حقهم من الدار التي فيها طريق المقصورة، أما فتح الباب إلى ناحية أخرى من الدار سوى طريق المقصورة يأخذون أكثر من حقهم.

توضيحه: إن لهم طريقًا واحدًا في موضع معلوم من عرصة الدار، وهم يريدون أن يجعلوا جميع العرصة طريقًا، فيمنعون من ذلك، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: معنى قوله في الكتاب في هذه الصورة: إنهم يمنعون من ذلك أنهم يمنعون من التطرق في غير الموضع المعروف طريقًا لهم في صحن الدار، أما لا يمنعون عن نفس فتح الباب؛ لأنهم يتصرفون في خالص ملكهم. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: لا، بل يمنعون عن فتح الباب؛ لأنهم لو فتحوا، فإذا تقادم العهد ربما يدعون أن لهم طريقًا في صحن الدار، ويستدلون على ذلك بالباب المركب، فلهذا يمنعون عن فتح الباب.

وإن كان لصاحب المقصورة دار أخرى إلى جنب هذه المقصورة بابها إلى سكة أخرى فمات، فصارت المقصورة والدار ميراثًا بين ورثته، فوقعت المقصورة في قسم أحدهم، والدار في قسم آخر، وحائط الدار إلى طريق المقصورة، فأراد صاحب الدار أن يفتح طريقًا إلى طريق المقصورة حتى يمر ويتطرق فيه إلى الدار، منع منه. فأما إذا كان المالك للمقصورة والدار واحدًا، بأن كان الذي أصابه المقصورة اشترى الدار من الذي أصابه الدار، أو كان الوارث للمقصورة والدار واحدًا، فأراد أن يفتح بابًا لهذه الدار إلى طريق المقصورة، ليس له ذلك، نص عليه في كتاب الشرب، وهذا لأنه متى فتح بابًا إلى طريق المقصورة صار طريق المقصورة طريقًا للدار، وفي ذلك ضرر في الثاني على الشركاء في طريق المقصورة، فإنه إذا باع هذه الدار بحقوقها يدخل هذا الطريق في بيع الدار، فيزداد شركاء آخر في هذا الطريق بعد ما لم يكن، وفيه ضرر على أصحاب

---

(١) هكذا في الأصل.

الطريق، فأما إذا كان المالك للمقصورة والدار واحداً، وأراد أن يفتح باباً من الدار إلى هذه المقصورة حتى يتطرق في الدار من طريق المقصورة، فإنه لا يمنع من ذلك إذا كان هو الساكن في الدار والمقصورة جميعاً.

وإن كان الساكن في الدار غير الساكن في المقصورة، بأن آجر الدار من غيره وترك المقصورة لنفسه، فأراد أن يفتح للدار باباً في المقصورة حتى يمر المستأجر في طريق المقصورة إلى المقصورة، ثم يمر إلى الدار، يمنع عنه؛ لأنه يريد أن يزيد في طريق المقصورة شريكاً في الحال.

وإن كان آجر الدار والمقصورة جميعاً من رجل، ثم أراد أن يفتح للدار باباً في المقصورة، لا يمنع؛ لأن الساكن في هذه الصورة واحد، وهو المستأجر؛ لأنه يبقى للآجر حق المرور، فلا يزداد الشريك في طريق المقصورة

١٣٥٨٩ - دار بين رجلين اقتسماها بينهما، وفيها طريق لغيرهما، فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما عن القسمة، ليس له ذلك؛ لأن الطريق إن كان محدوداً، فهما إنما يقتسمان ما وراء ذلك، وذلك حقهما على الخصوص، وإن لم يكن مقداره معلوماً يترك للطريق قدر عرض الباب العظمى إلى باب منزل صاحب الطريق، ويقتسمان ما وراء ذلك، ولا حق لصاحب الطريق فيما وراء ذلك.

ولو أراد بعضهم قسمة هذا الطريق، وأبى البعض، لا يقسم؛ لأن هذه القسمة تتضمن تفويت منفعة الطريق وهو التطرق، فإن باعوا[1] هذه الدار وهذا الطريق برضاهم، فالثمن يقسم بينهم أثلاثاً، ثلثاه لصاحبي الطريق، وثلثه لصاحب الممر، يريد به حصة الطريق من الثمن؛ لأنه بدل الطريق، والطريق بينهم أثلاثاً إذا لم يعلم مقدار الأنصباء فيه، فيكون ثمنه بينهم أثلاثاً أيضاً، هكذا ذكر في الأصل.

وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان رقبة الطريق مشتركاً بينهم، فأما إذا كان رقبة الطريق مشتركاً بين الشريكين، ولصاحب الطريق حق المرور لا غير، كان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يقول: الثمن لهما، وقد سقط حق صاحب الاختيار؛ لأنه حق لا يجوز الاعتياض عنه، ولهذا لا يجوز بيعه، فلما أذن في البيع أسقط حقه، وهذا إشارة

(١) وفي الأصل وم: «وإن باعوا».

إلى الرواية التي لا تجوز فيها جميع حق المرور على الانفراد.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح هذا الكتاب أن الثمن بينهم أثلاثًا، وإن كان لصاحب الطريق حق المرور، قال: لأن حق المرور وإن كان منفعة حقيقة فقد أعطي له حكم العين، ولذلك جاز بيعه، ولو كان عينًا على الحقيقة كان الثمن بينهما أثلاثًا، كذا هنا، وهذا إشارة إلى الرواية التي يجوز بيع حق المرور فيها بانفراده.

روي عن محمد رحمه الله في هذه الصورة: أن كل واحد من شريكي الطريق يضرب بحصته من البقعة وصاحب الطريق يضرب بحق الاستطراق، وطريق معرفة ذلك أن ينظر إلى قيمة البقعة ولا طريق فيها، وينظر إلى قيمتها وفيها طريق، فيضرب صاحب الطريق بفضل القيمة فيما بين ذلك، ويضرب كل واحد من شريكي الطريق بنصف قيمة البقعة إذا كان فيها طريق.

١٣٥٩٠ - وإذا كانت الدار فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى، أراد أهل الدار قسمته ومنعهم أهل الطريق، فإنه يترك لهما طريق واحد، كما لو كان الحق لواحد؛ لأن الطريق إنما يرفع للمرور، والطريق الواحد يكفي لهما للمرور، وصار هذا وما لو كان حق المرور للواحد سواء. - والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب -

كتاب الإجارة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وثلاثين فصلاً :

الفصل الأول: في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة، وفي بيان نوعيها، وشرائطها، وحكمها، وما يصلح أجرة، وما لا يصلح.

الفصل الثاني: في بيان أنه متى تجب الأجرة

الفصل الثالث: في الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة.

الفصل الرابع: في تصرف المؤجر في الأجرة.

الفصل الخامس: في الخيار في الإجارة والشرط

الفصل السادس: في الإجارة على أحد الشرطين، أو على الشرطين أو أكثر.

الفصل السابع: في إجارة المستأجر

الثامن: في انعقاد الإجارة بغير لفظ، وفي الحكم ببقاء الإجارة، وانعقادها مع وجود ما ينفيها

الفصل التاسع: فيما يكون الأجير مسلماً مع الفراغ منه، وما لا يكون.

الفصل العاشر: في إجارة الظئر

الفصل الحادي عشر: في الاستئجار للخدمة، ويتصل به إجارة الصبي والاستئجار له

الفصل الثاني عشر: في صفة تسليم الإجارة.

الفصل الثالث عشر: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على المالك.

الفصل الرابع عشر: في تجديد الإجارة بعد صحتها والزيادة

الفصل الخامس عشر: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز، وأنه يشتمل على

أنواع ، نوع يفسد العقد فيه لمكان الجهالة ، ونوع يفسد العقد فيه لمكان الشرط ، ونوع في قفيز الطحان وما هو في معناه ، ونوع في فساد الإجارة إذا كان المستأجر مشغولا بغيره ، ويتصل به مسائل الشيوع في الإجارة ، ونوع في الاستئجار على المعاصي ، ونوع في المتفرقات .

الفصل السادس عشر : فيما يجب على المستأجر وفيما يجب على الأجير ، ويتصل به فصل التوابع .

الفصل السابع عشر : في الرجل يستأجر فيما هو شريك فيه .

الفصل الثامن عشر : في فسخ الإجارة بالعذر وبيان ما يصلح عذرا أو لا يصلح .

الفصل التاسع عشر : فيما يكون فسخا ، وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ ، وما لا يكون فسخا .

الفصل العشرون : في إجارة الثياب والأمتعة والحلي والفسطاط وأشباهها .

الفصل الحادي والعشرون : في إجارة لا يوجد فيها تسليم المعقود عليه إلى المستأجر .

الفصل الثاني والعشرون : في بيان التصرفات التي يمنع المستأجر عنها ، والتي لا يمنع ، وفي تصرفات الصبي .

الفصل الثالث والعشرون : في استئجار الحمام والرحى

الفصل الرابع والعشرون : في الكفالة بالأجر والمعقود عليه .

الفصل الخامس والعشرون : في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر في الدعوى والخصومات ، وإقامة البينات ، وأنه يشتمل على أنواع : نوع منه في الاختلاف الواقع بين الشاهدين في الأجر ، وفي الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر في البدل ، أو في المبدل .

الفصل السادس والعشرون : في استئجار الدواب

الفصل السابع والعشرون : في مسائل الضمان بخلاف والاستعمال والضياع والتلف ، وغير ذلك .

الفصل الثامن والعشرون: في بيان حكم الأجير الخاص والمشترك، وأنه أنواع، نوع في الحد الفاصل بين الأجير المشترك والخاص، نوع في الحمّال ومكاري الدابة والسفينة، نوع في النسّاج والخيّاط، نوع في المسائل العائدة إلى الحمام، نوع في البقار والراعي والحارس، نوع في القصّار وتلميذه، نوع في المتفرقات.

الفصل التاسع والعشرون: في التوكيل في الإجارة.

الفصل الثلاثون: في الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى

الفصل الحادي والثلاثون: في التحليف.

الفصل الثاني والثلاثون: يقرب من المسائل التي هي بعض تمييز العلماء.

الفصل الثالث والثلاثون: في الاستصناع.

الفصل الرابع والثلاثون: في المتفرقات

الفصل الأول

في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان أنواعها وشرائطها وحكمها

١٣٥٩١- فأما بيان ألفاظها، فنقول: الإجارة إنما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، نحو أن يقول أحدهما: أجرت، ويقول الآخر: قبلت، أو استأجرت، ولا تنعقد بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل، نحو أن يقول: أجرني، فيقول الآخر: أجرت، وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة، فتعتبر ببيع العين، وفي بيع العين إنما ينعقد العقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، ولا ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، كذا هنا، وينعقد بلفظة العارية أيضاً، حتى إن من قال لغيره: أعرتك هذه الدار شهراً بكذا، أو قال: كل شهر بكذا، وقبل المخاطب، كان ذلك إجارة صحيحة.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الهبة في باب العطية: العارية لا تنعقد بلفظ الإجارة حتى إن من قال لغيره: أجرتك داري هذه بغير شيء، كانت إجارة فاسدة لا عارية.

وفي باب العوض في الهبة من شرح الصدر الشهيد رحمه الله: إذا وهب منفعة الدار من آخر شهراً بعشرة دراهم، أو أعاره شهراً بعشرة دراهم، حكى أبو طاهر الدباس رحمه الله عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة، وبعد استيفاء المنفعة يعتبر إجارة.

١٣٥٩٢- وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في "شرح كتاب الصلح": أن الإجارة تنعقد بالهبة والصلح، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الهبة انعقاد الإجارة بلفظة الهبة، وفي العطية من هبة الأصل إذا قال: داري هذه لك هبة إجارة كل شهر بدرهم، أو قال: إجارة هبة، فهي إجارة في الوجهين، ولم يذكر في الكتاب أن هذه الإجارة هل تكون لازمة، وذكر الخصاف رحمه الله: أنها لا تكون لازمة حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع منها قبل القبض، ويكون لكل واحد منهما أن يفسخ قبل

القبض، وإذا سكنها يجب عليه أجر المثل.

١٣٥٩٣ - وإذا قال لغيره: بعت منك منافع هذه الدار كل شهر بكذا أو قال: شهراً بكذا، ذكر في "العيون"[١] أن الإجارة فاسدة، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح كتاب الصلح: أن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وهذا لأن القياس يأبى جواز الإجارة؛ لأن محل حكم الإجارة المنفعة، وأنها معدومة، والمعدوم لا يصلح محلاً لحكم العقد، ولا لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع ورد بجوازها إذا باشر العقد على العين بلفظة الإجارة، أو باشر على المنفع بلفظة الإجارة، ولفظة الإجارة لا تختص بتمليك الأعيان، فكل لفظ لا يختص بتمليك الأعيان يُلحق بلفظ الإجارة، وكل لفظ يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بلفظ الإجارة، والبيع يختص بتمليك الأعيان، فلا يلحق به، والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الأعيان، فيلحق بها.

وعن هذا قلنا: إذا قال: أجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، ووهبت لك منافع هذه الدار شهراً بكذا، أو ملكتك منافع هذه الدار شهراً بكذا يجوز، فبقي لفظ البيع على أصل القياس.

١٣٥٩٤ - وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في "شرح كتاب الصلح" في آخر باب الصلح في العقار: إذا ادعى رجل شقصاً من دار في يدي رجل، وصالحه المدعى عليه على سكنى بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين جاز، فلو أجره يعني هذا البيت المصالح عليه من الذي صالحه عليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله، وهذا بناء على أن محمداً رحمه الله يعتبر هذا العقد إجارة، وليس للمستأجر أن يؤاجر من الآجر، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن المدعي ما ملك منفعة هذا البيت بعقد، بل ترك بعض حقه وقنع بالبعض، فإنما بقيت المنفعة على أصل ملكه، فيملك أن يؤاجر من كل أحد.

١٣٥٩٥ - ولو باع المدعي هذا السكنى بيعاً من رجل لم يجز بعض مشايخنا رحمهم الله، قالوا: إنما لم يجز بيع السكنى لترك التوقيت، لا لأن الإجارة لا تنعقد بلفظة البيع، وقال بعضهم: لا يجوز بيع السكنى وإن كان مؤقتاً[١]؛ لأن الإجارة لا تنعقد

---

(١) هكذا في الأصل وم، وفي ط: موقتاً.

بلفظ البيع.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: فصل بيع السكنى مشكل عندي؛ لأن لفظ البيع يملك به الرقبة، وملك الرقبة سبب لملك المنفعة، فكان ينبغي أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة مجازًا.

قال رحمه الله: والوجه في ذلك أن المنفعة معدومة في الحال، وبعد وجودها ليس في وسع المشتري، والمعدوم لا يصلح محلاً لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع أقام العين الموجودة، وهي الدار المنتفع بها مقام منفعة في جواز إضافة الإجارة إليها.

إذا ثبت هذا، فنقول: لفظ البيع إذا أضيف إلى الدار، فهو صالح لتمليك عينها، فلا يجعل مجازًا عن غيره، وإن أضيف إلى المنفعة، فالمنفعة معدومة، والمعدوم لا يصلح لإضافة العقد إليه، حتى لو قال الحر لغيره: بعت نفسي شهرًا بكذا لعمل كذا، فهو إجارة؛ لأنه لا يصلح لتمليك عين الحر، فيجعل مجازًا عن تمليك المنفعة، هكذا ذكر محمد رحمه الله، وجه التخريج وأنه مشكل عندي؛ لأن علة عدم جواز البيع هنا لو كانت هي العدم ينبغي أن لا تنعقد الإجارة بلفظة الهبة والتمليك، وبالإجماع ينعقد. وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح الحيل[1]: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، وذكر ثمة عن الكرخي رحمه الله: أنه كان يقول: الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، ثم رجع، وقال: ينعقد.

١٣٥٩٦ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: إذا قال الرجل لغيره: أعرتك هذا العبد لخدمتك سنة بكذا، جاز.

١٣٥٩٧ - وفيه أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله: دفع إلى رجل ثوبًا ليبيعه على أن ما زاد على كذا فهو له، قال: هذا على جهة الإجارة، وهذا إجارة فاسدة لو ضاع الثوب من يده ضمن، وتنعقد الإجارة بالتعاطي، بيان فيما ذكر محمد رحمه الله في إجارات الأصل في باب إجارة الثياب: إذا استأجر قدورًا بغير أعيانها، لا يجوز للتفاوت بين القدور من حيث الصغر والكبر، فإن جاء بقدور قبلها منه على الكراء الأول جاز، ويكون هذه إجارة مبتدأة بالتعاطي.

---

(١) وفي الأصل: في شرح الحيل.

وأما بيان أنواعها: فنقول: إنها نوعان: نوع يرد على منافع الأعيان، كاستئجار الدور والأراضي والدواب والثياب، وما أشبه ذلك، ونوع يرد على العمل، كاستئجار المحترفين للأعمال، نحو القصارة والخياطة، وما أشبه ذلك.

وأما بيان شرائطها. فنقول: يجب أن تكون الأجرة معلومة، والعمل إن وردت الإجارة على العمل، والمنفعة إن وردت الإجارة على المنفعة، وهذا لأن الأجرة معقود به، والعمل أو المنفعة معقود عليه، وإعلام المعقود عليه شرط تحرزاً عن المنازعة، كما في باب البيع، وإعلام المنفعة ببيان الوقت، وهو الأجل، أو ببيان المسافة، وإعلام العمل ببيان محل العمل، وإعلام الأجرة إن كانت الأجرة دراهم أو دنانير ببيان القدر، وببيان الصفة أنه جيد أو رديء، ويقع على نقد البلد إن كان في البلد نقد واحد، ويقع على نقد البلد الذي وقع فيه الإجارة حتى إن من استأجر دابة بالكوفة إلى الري بدراهم، فعلى المستأجر نقد الكوفة، وإن كان في البلد نقود مختلفة، فإن كانت النقود في الرواج على السواء، ولا فضل للبعض على البعض، أي لا صرف للبعض على البعض، فالعقد جائز، ويعطي المستأجر أي النقود شاء، وإن كانت الأجرة مجهولة؛ لأن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة.

وإن كانت النقود في الرواج على السواء، وللبعض صرف على البعض، فالعقد فاسد؛ لأن هذه الجهالة تفضي إلى النزاع، وإن كان أحدهما أروج، فالعقد جائز، وينصرف إلى الأروج، وإن كان للآخر فضل عليه بحكم العرف.

١٣٥٩٨- وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كانت الأجرة فلساً: فغلت أو رخصت قبل القبض، فللآجر الفلس لا غير، وإن كسدت فعليه قيمة المعقود عليه، وكذلك شيء مما يكال، أو يوزن مما ينقطع إذا كان استأجر بشيء منه، وحل أجله قبل انقطاعه، فهو مثل الفلس، وإن كانت الأجرة مكيلاً، أو موزوناً، أو عددياً متقارباً، فإعلامها ببيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج إليه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يحتاج إلى ذلك في الأحوال كلها، والاختلاف في هذا نظير الاختلاف في السلم؛ لأن الأجرة دين لا يجب تسليمها عقيب العقد، فصار نظير المسلم

فيه غير أن عندهما في باب السلم يتعين موضع العقد للتسليم ، وههنا لا يتعين ، ولكن في إجارة الأرض والدار يسلم عند الأرض والدار المستأجرة ، وفي العمل يده حيث يوفيه العمل .

١٣٥٩٩ - وفي نوادر هشام : عن أبي يوسف رحمه الله : رجل استأجر أرضًا بطعام إلى أجل ، ولم يسم أين يقبض الطعام ، قال : هو جائز في قولي أبي حنيفة رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : وهذا بخلاف السلم في قول أبي حنيفة رحمه الله .

١٣٦٠٠ - وإذا كانت الأجرة عروضًا أو ثيابًا ، يشترط فيه جميع شرائط السلم ؛ لأن الأجرة نظير المسلم فيه على ما مر ، فيشترط فيه جميع شرائط السلم .

توضيحه : أن وجوب الثياب دينًا في الذمة عرف بالشرع بخلاف القياس ، وإنما جاء الشرع به بطريق السلم فيه ، فيشترط فيه جميع شرائط السلم ، وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عينًا ، فإعلامه بالإشارة ؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف ، وإذا كانت الأجرة حيوانًا لا يجوز إلا إذا كان عينًا ؛ لأن الحيوان لا يجب دينًا في الذمة بدلا عما هو مال ، وإذا كانت الأجرة منفعة إن كانت من جنس المعقود عليه لا يجوز عندنا ، خلافًا للشافعي رحمه الله ، وإن كانت من خلاف جنس المعقود عليه جاز بلا خلاف .

بيان الأول : إذا استأجر سكنى دار بسكنى دار ، بيان الثاني إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ، والمسألة بيننا وبين الشافعي رحمه الله فرع مسألة أخرى ، عرفت في كتاب البيوع : أن الجنس في المعتين[1] يحرم النساء عندنا ، خلافًا للشافعي رحمه الله ، حتى لو أسلم قوهيا في قوهي لا يجوز عندنا ، خلافًا للشافعي رحمه الله ، وبيع المنفعة بمنفعة من جنسها بمنزلة بيع العين بجنسه نساء ؛ لأن النساء من البدل ما لا يكون عينًا والمنفعة ليست بعين ؛ لأنها معدومة ، فكان نساء ، والجنسية في المثمن[2] يحرم النساء ، بخلاف ما إذا اختلف الجنس ؛ لأن النساء في الجنس المختلف ليس بحرام ، كما في بيع العين ، حتى إنه لو أسلم قوهيا في مروي جاز ، فهنا كذلك .

فإن قيل : إذ اختلف الجنس إن كان لا يفسد هذا العقد من هذا الوجه ، يفسد من

---

(١) هكذا في ظ ، وكذا في الأصل وم ، في المعتين .

(٢) هكذا في ظ ، وكذا في الأصل وم ، في الثمن .

وجه آخر؛ لأن المنفعة[1] دين من الجانبين، والدينية من الجانبين توجب الفساد، وإن اختلف البدل؟

قلنا: كلا البدلين من حيث الحقيقة إن لم يكن عيناً لأنها معدومة إلا أن التي لم يصحبها حرف الباء يعتبر عيناً حكماً؛ لأنها معقود عليه، ولا بد لانعقاد عقد المعاوضة من قيام المعقود عليه حالة العقد إذا لم يكن سلماً، وإذا كان كذلك أقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف الباء مقام المنفعة، فيكون عيناً. فلا ضرورة فيما صحبه حرف الباء؛ لأن ما صحبه حرف الباء، يجوز أن يكون غير عين، ولا ضرورة ههنا إلى أن يعتبر عيناً، فبقي غير عين حقيقة وحكماً، والآخر اعتبر عيناً حكماً، فكان بمنزلة بيع العين نسا بخلاف جنسه.

١٣٦٠١ - وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: لا خير في معاوضة الثيران بالثيران للكداس؛ لأنه استبدال منفعة بمنفعة من جنسها، ثم إذا قوبلت المنفعة بمنفعة من جنسها حتى فسد العقد، واستوفى الآخر المنفعة كان عليه أجر المثل في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا شيء عليه؛ لأن المنفعة إنما يتقوم إذا قوبلت بالمتقوم.

وجه ظاهر الرواية: أن لفظة الإجارة لفظة معاوضة، فصار كما لو استأجر داراً، ولم يسمِّ الأجر، وسكنه هناك يجب أجر المثل، فههنا كذلك، ولو كان عبد واحد بين اثنين، فتهايئا، فخدم أحدهم يوماً، ولم يخدم الآخر، فلا أجر.

١٣٦٠٢ - وقال أبو الحسن رحمه الله في «جامعه»: إذا كان عبد واحد بين اثنين، أجر أحدهما نصيبه من صاحبه، ليخدم معه شهراً على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهراً، فإن هذا لا يجوز في العبد الواحد، وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كان في عبدين.

وأما بيان حكم الإجارة: فنقول: حكم الإجارة وقوع الملك في البدلين، كما في بيع العين إلا أن الملك في البدلين في بيع العين يقع معاً، كما فرغنا من العقد بلا مانع، وفي الإجارة يقع الملك في البدلين ساعة فساعة عندنا؛ لأن المعاوضة تقتضي التسوي؛ لأن الظاهر من حال العاقدين أن لا يرضيان بالتفاوت، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها، فكذا في بدلها، وهو الأجرة، وهذا لأن حكم العقد يبنى على

(١) هكذا في ظ، م وكذا في الأصل: «لأن العقد».

انعقاده، والعقد ينعقد على المنفعة شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها؛ لأن المنافع فيما يستقبل معدومة حالة العقد، وشرط انعقاد العقد في حق الحكم إضافته إلى محل موجود، والأصل أن الشروط إذا تعذر اعتبارها إما أن يسقط اعتبارها، أو يقام غيرها مقامها، كما في حق النائي عن الكعبة أقيمت جهة الكعبة مقام عين الكعبة، وكما في حق عادم الماء أقيم التيمم مقام الماء، فكذا هنا أقيم محل المنفعة، وهو الدار مقام المنافع في حق إضافة العقد إليه، ثم العقد في المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها، وهذا كله مذهبنا، ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين، وهو الدرجة الأولى، وانعقاده في حق الحكم، وهو الدرجة الثانية.

ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين، ولا يفيد الحكم في الحال، وتفسير انعقاد العقد في حق المتعاقدين أن يصير كلامهما سببًا ومبيأً، ومعدًا للحكم في الثاني، وكونه سببًا صفة الكلام، والكلام يفتقر إلى وجود المتعاقدين لا إلى المحل، وتفسير انعقاد العقد في حق الحكم أن يعمل ذلك السبب المعد في إثبات الحكم في المحل، وثبوت الحكم في المحل لا بد له من المحل، ومحل الحكم وهو المنافع معدومة في الحال، فلأجل ذلك، قلنا: إن الإجارة في الحال غير منعقدة في حق الحكم، بل هي منعقدة في حق المتعاقدين، وإنما تنعقد في حق الحكم على حسب وجود المنفعة، ويصير العقد في حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، والمنفعة غير، والمضاف غير.

ألا ترى أن من نذر، وقال: لله علي أن أتصدق بدرهم يكون نذرًا في الحال، ويلزمه ذلك.

١٣٦٠٣ - ولو قال: لله علي أن أتصدق يوم الخميس بدرهم لا يكون نذرًا في الحال، ويكون مضيفًا للنذر إلى يوم الخميس، كذا ههنا العقد في حق الحكم مضاف إلى وقت وجود المنفعة، وليس بمنفعة في الحال أكثر ما فيه لأن الصيغة مرسلة، إلا أنها مرسلة صورة، أما مضافة معنى، وهذا لأن الآجر بعقد الإجارة يملك المنفعة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، وصار تقدير هذا تعقد ملكتك منافع هذه الدار، والمنافع معدومة للحال، فكان العقد مضافًا إلى وقت وجود المنفعة، إذا ثبت هذا، فنقول: إضافة العقد إلى زمان يستدعي وجود المحل في ذلك الزمان، أما لا يستدعي وجوده في الحال إذا ثبت

أن الملك في المنافع يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها، فكذا في بدلها، وهو الأجرة تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين على ما مر.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٦٠٤ - بيان ما يصلح أجرة، وما لا يصلح أن يكون ثمناً في البياعات، لا يصلح أجرة في الإجارات إلا المنفعة، فإنها تصلح أجرة إذا اختلف الجنس، ولا يصلح ثمناً، وإن اعتبروا الإجارة بالبيع؛ لأن الإجارة بيع كسائر البياعات إلا أن سائر البياعات يرد على العين، والإجارة يرد على المنفعة، وإنما وقع الفرق بينهما في المنفعة؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكاً بنفس البيع إذا لم يكن فيه خيار، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد؛ لأنها معدومة، وأما الأجرة: فليس من شرطها أن تملك بنفس العقد، وكانت الإجارة كالنكاح، فإن المنفعة تصلح مهراً في النكاح، إذ ليس من شرط المهر أن يملك بنفس العقد، فإن تسمية عبد الغير مهراً صحيح.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضاً:

١٣٦٠٥ - إذا أضاف العقد إلى وقت في المستقبل بأن قال: أجرتك داري هذه غداً، أو ما أشبه، فإنه جائز، بناءً على الأصل الذي ذكرنا: أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فالعقد في حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، فيبنى الإجارة في حق الحكم على الإضافة، فكيف تكون الإضافة منافية للإجارة، فلو أراد نقضها قبل مجيء ذلك الوقت.

وعن محمد رحمه الله: فيه روايتان: في رواية: قال: لا يصح النقض، وفي رواية: قال: يصح؛ وجه هذه الرواية أنه لم يثبت للمستأجر حق في هذا العقد؛ لأن غير منعقد أصلاً، ولهذا لا يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة، وجه الرواية الأولى: أن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين إن لم ينعقد في حق الحكم، في هذه الإجارة، وجه الرواية الأولى أن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين إن لم ينعقد في حق الحكم، فالآجر بالنقض يريد إبطال العقد المنعقد حقاً للمستأجر، فلا يقدر على ذلك، وعلى هذه الرواية

يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة.

وكذلك إذا أجر مكان البيع: في رواية: ينفذ إجارته، ويبطل النفاق، وفي رواية: قال: لا ينفذ كما في البيع، كذا ذكره الطحاوي.

١٣٦٠٦ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا قال لغيره: إذا جاء رأس الشهر، فقد أجرتك هذه الدار، يجوز، وإن كان فيه تعليق، وإذا قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد فاسختك هذه الإجارة لا يجوز - والله أعلم بالصواب -.

الفصل الثاني
في بيان أنه متى يجب الأجر

١٣٦٠٧- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في رجل استأجر دارا شهرا بدرهم، قال: كلما سكن يوما، أخذ من الأجر بحساب ذلك، وكذلك الكراء إلى مكة، وكذلك في إجارة الأرض.

يجب أن يعلم بأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة، إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، سواء كانت الأجرة عينا أو دينا، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الجامع» وفي كتاب «التحري»، وبعضهم قالوا: ما ذكر في الإجارات قول محمد رحمه الله أولا، وما ذكر في «الجامع» و«التحري» قوله الآخر، وهذا لما ذكرنا أن الإجارة عقد معاوضة، فيجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن ما لم يغير بالشرط، كما في بيع العين.

ومتى قلنا: إنه يجب إيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة، تزول المساواة، ويتعجل المؤجر على المستأجر؛ لأن المؤجر ملك الأجرة بالقبض رقبة وتصرفا، والمستأجر إن ملك المنفعة بقبض المستأجر تصرفا لم يملك رقبة؛ لما ذكرنا أن وقوع الملك في المنفعة يتأخر حال وجودها، فلهذا قلنا: إن إيفاء الأجر يتأخر إلى ما بعد استيفاء المنفعة، وإذا ثبت أن إيفاء الأجر إنما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا، فنقول: كان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول: لا يجب إيفاء شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة، سواء كانت الإجارة معقودة على المدة كما في إجارة الدار والحانوت، أو على قطع المسافة كما في كراء الدابة إلى مكان، أو على العمل كما في القصار والخياط والصباغ، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: إن وقعت الإجارة على المدة كما في إجارة الأرض والدور والعبيد، أو على قطع المسافة كاستئجار الجمال[1] والدابة، فإنه يجب إيفاء الأجر بحصة ما استوفى، إذا كان ما استوفى حصة معلومة من الأجر، ففي الدار في أجر يوم فيوم، وفي قطع

---

(١) هكذا في الأصل [illegible] الجمال، وكان في [illegible] الحمل، وكان في [illegible]

المسافة إذا سار مرحلة مرحلة يجب عليه حصة ما استوفى

قال القدوري رحمه الله : وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ، ويبقى له أثر في العين ، فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله .

وإن كان حصة ما استوفى من العمل معلوم إلا أن يكون بعمل الخياط والصباغ في بيت صاحب المال ، حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمّال على قوله الآخر ، يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلوم من الأجر ، كما في الحمّال .

فوجه قوله الأول : إنه ثبت من أصلنا أن إيفاء الأجر لا يجب إلا بعد استيفاء المنفعة ، والأصل أن إيفاء أحد البدلين في العقد إذا كان لا يجب إلا بعد استيفاء البدل الآخر ، فإنه لا يجب إيفاء شيء منه إلا بعد وجود استيفاء جميع البدل ، كما في باب البيع ، فإنه لما وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن ، لا يجب تسليم الشيء من المبيع قبل إيفاء جميع الثمن ، كذا ههنا ، وجه قوله الآخر : إن القياس في باب البيع أن يجب على البائع تسليم المبيع بقدر ما استوفى من الثمن حتى يستويا في ملك التصرف ؛ لأن المعاوضة تقتضي التساوي في المسألتين جميعاً ، وقد استويا في ملك الرقبة ، فيجب أن يستويا في ملك التصرف ، إلا أنا تركنا هذا القياس في بيع العين لما فيه من معنى الرهن ، وهو حبس المبيع بالثمن ، وحكم الرهن حبس الرهن بالدين ، ومن حكم الرهن أن لا يجب على المرتهن تسليم شيء من الرهن ما لم يوجد إيفاء جميع الدين ، فتركنا هذا القياس في البيع لما فيه من معنى الرهن ، وهذا المعنى لا يتأتى في كل إجارة ليس للمؤاجر حق الحبس بعد الفراغ من العمل ، وبعد إيفاء المنفعة ؛ لأن معنى الرهن إنما يثبت بثبوت حق الحبس للمؤجر ، فكل إجارة ليس حق الحبس كانت العبرة لحقيقة القياس ، وحقيقة القياس أن يستويا في ملك الرقبة ، وإنما استويا في ملك الرقبة إذا وجب إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، كان القياس أن يجب إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، وإن قلّ ذلك حتى استويا ، لكن تركنا القياس في القليل ؛ لأنه لا يعرف حصته من الأجر ، وفيما لا يعلم حصته من الأجر أخذنا بالقياس .

١٣٦٠٨ - وفي كل إجارة للمؤجر حق الحبس حتى يستوفيه فيه معنى البيع كالبيع، وفي باب البيع إذا وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن، تعلق وجوب التسليم بإيفاء جميع الثمن، ولا يجب تسليم شيء منه بإيفاء بعض الثمن، فكذا في إجارة الصباغ للأجير حق الحبس، وإيفاء الأجر في الإجارة بناء على إيفاء العمل، فتعلق إيفاء الأجر بإيفاء جميع العمل، ولم يجب بإيفاء البعض.

وفي نوادر بشر: عن أبي يوسف رحمه الله فيمن استأجر دارًا يسكنها شهرًا، قال: لا يلزمه شيء من الأجر حتى يستكمل سكنى الشهر، وهو قياس ما لو استأجر حمالًا ليحمل له شيئًا من السوق إلى منزله، فإنه لا يلزمه شيء من الأجر حتى يبلغ الحمولة إلى منزله، وكذلك القياس فيما إذا تكارى دابة إلى مكة هكذا؛ ولكن استحسن وقال: إذا سار نصف الطريق أو ثلثه لزمه الأجر بحساب ذلك، وقال أبو حنيفة رحمه الله. فهو قوله الآخر.

١٣٦٠٩ - وإذا شرط في عقد الإجارة تعجيل البدل، وجب تعجيله؛ لأنه بدون الشرط إنما لا يجب تحقيقًا للتساوي، فإذا شرط التعجيل، فقد أبطل التساوي، وإنه مما يقبل البطلان، فيبطل، ألا ترى أن في باب البيع وجب نقد الثمن قبل تسليم المبيع تحقيقًا للتساوي، ثم لو باع بثمن مؤجل يجب تسليم المبيع؛ لأنه أبطل التساوي.

١٣٦١٠ - قال: وللمؤجر حق حبس المنافع إلى أن يستوفي الأجر؛ لأن المنافع تنزل منزلة المبيع، فكان له حبسها بما يقابلها من البدل، كما في البيع، وله حق فسخ العقد إن لم يعطه حقه، وكذا إذا عجل الأجرة من غير شرط ملكها؛ لأنه إذا عجل فقد أبطل ما يقتضيه مطلق العقد، وذلك يحتمل البطلان؛ لأنه أثبت حقه. وكما يجب الأجر باستيفاء المنافع يجب بالتمكن من استيفاء المنافع إذا كانت الإجارة صحيحة، حتى إن من استأجر دارًا أو حانوتًا مدة معلومة، ولم يسكن فيها في تلك المدة مع تمكنه من ذلك، يجب الأجر، ولو لم يتمكن من السكنى بأن منعه المالك، أو أجنبي لا يجب الأجر، وكذلك إذا أجر دارًا، وسلمها إليه فارغًا إلا بيتًا كان مشغولًا بمتاع الآجر، وسلم إليه جميع الدار، ثم نزع بيتًا من يده، رفع عنه الأجر حصة البيت، ولكن يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد، في المكان الذي أضيف إليه العقد

فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلاً، أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد، أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة، لا يجب الأجر، حتى إن من استأجر دابة يوماً لأجل الركوب، فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم، فإن استأجرها للركوب في المصر، يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد؛ لأن المكان الذي أضيف إليه العقد هو المصر، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حبسها في المصر، لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد؛ لأن المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المصر، ولا يتحقق التمكن خارج المصر من الركوب والدابة في بيته.

فإن ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم، ولم يركب يجب الأجر؛ لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة، ولم يركب لا يجب الأجر، وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد؛ لأنه تمكن بعد مضي المدة.

١٣٦٦١ - وفي «النوازل»: إذا استأجر دابة إلى مكة، فلم يركبها، بل مشى راجلاً، فإن كان بغير عذر في الدابة، فعليه الأجر؛ لأن المعقود عليه تمكن الاستيفاء، وإن لم يركبها لعلة في الدابة، أو لمرض به، بحيث لم يقدر على الركوب، لا أجر عليه، وهكذا ذكر في «العيون» عن أبي يوسف رحمه الله.

١٣٦٦٢ - وفي «نوادر هشام»: قال: سألت محمداً رحمه الله عن من تكارى محملاً ليركبه إلى مكة، فخلفه في أهله من غير عذر، ولم يركبه فلا أجر؛ لعدم التمكن من استيفاء المنفعة في مكان الاستيفاء، وهو ضامن للمحمل إن أصابه شيء؛ لأن صاحب المحمل لم يرض بإمساكه على وجه لا يجب به الأجر، فيصير بإمساك المحمل في منزله مخالفاً غاصباً، وكذلك لو استأجر قميصاً يلبسه إلى مكة، وكذلك لو استأجر المحمل شهراً ليركبه إلى مكة، فقد جمع في المسألة الثالثة بين الوقت وبين العمل، وهو الركوب، ومع هذا بنى الحكم على العمل، إذ لو بنى الحكم على الوقت لوجب الأجر هنا، كما لو استأجر حلياً يوماً يزين به عروسه، فأمسك الحلي ولم يزينها يجب الأجر،

بما نص كذلك لأن الطالب في هذه الصورة أن يراد منه العمل وهو الركوب إلى مكة.

هذا كله في الإجارة الصحيحة، أما في الإجارة الفاسدة يشترط حقيقة استيفاء المنفعة لوجوب الأجر، وبعد ما وُجد الاستيفاء حقيقة إنما يجب الأجر إذا وُجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر، أما إذا لم يوجد التسليم لا يجب الأجر.

١٣٦٦٣ - ولهذا قلنا: ذكر في «الجامع»: رجل اشترى من آخر عبدًا، ولم يقبضه حتى آجره من البائع شهرًا كانت الإجارة فاسدة؛ لأن الإجارة لتمليك المنفعة، والمنفعة تبعة للعين، وتمليك العين قبل القبض من البائع باطل، فكذا تمليك المنفعة التي هي تبع. فإن استعمله البائع بحكم الإجارة لا يلزمه الأجر؛ لأن في الإجارة الفاسدة إنما يجب الأجر باستيفاء المنافع إذا وجد التسليم إلى المستأجر، ولم يوجد ههنا، إذ ليس للمشتري أن يتسلم، وهو العبد، إذ هو عند البائع، والبائع لا يصلح نائبًا عن المشتري في القبض، لأن التسليم مستحق على البائع، والشخص الواحد لا يصلح أن يكون مسلمًا ومتسلمًا؛ ولأن التسليم والقبض يرد به البيع، إذ ملك التصرف يثبت به، والواحد لا يصلح بائعًا ومشتريًا، فكذلك لا يصلح قابضًا ومسلمًا.

١٣٦٦٤ - وفي «الفتاوى»: استأجر ثوبًا ليلبسه كل يوم بدانق، فوضعه في بيته، ولم يلبسه، حتى مضى عليه سنون، فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو لبسه فيه لا يتخرق؛ لأنه أمكن أن يجعل منتفعًا بالثوب في ذلك الوقت، فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان لبسه لتخرق، سقط عنه الأجر؛ لأن بعد مضي ذلك الوقت تعذر جعله منتفعًا به. وروي عن محمد نحو هذا.

وهو نظير المرأة إذا لم تستعمل الكسوة أنه إذا مضى من الوقت مقدار ما لو استعملها استعمالًا معتادًا تخرقت الكسوة، كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى، وما لا فلا. والله تعالى أعلم بالصواب.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣٦٦٥ - حبس العين بالأجر، قال محمد رحمه الله: رجل دفع ثوبًا إلى صباغ ليصبغه بدرهم، أو إلى قصار ليقصره، فقصره أو صبغه، وقال: لا أعطيك حتى

تعطيني الأجر، فله ذلك، وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك.

يجب أن يعلم أن كل صانع ليس لصنعه أثر قائم في العين كالحمال والملاح والغسال لا يكون له أن يحبس العين بالأجر بالإجماع، وكل صانع لعمله أثر قائم في العين، كالصباغ وما أشبه إذا فرغ من العمل، فله أن يحبس العين بالأجر عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، خلافاً لزفر رحمه الله حجته في ذلك أن المبيع وقع في يد المشتري برضا البائع، ويبطل حقه في الحبس قياساً على ما لو عمل القصار في بيت صاحب الثوب، وقياساً على الملاح والمكاري.

وإنما قلنا: أن المبيع وقع في يد المشتري؛ لأن المبيع ههنا إما أثر عمله في العين، كما في الخياطة، أو مال قائم أتصل بالثوب كالصباغة، وقد وقع هذا في يد المشتري، وهو صاحب الثوب؛ لأن يد العامل على الثوب يد صاحب الثوب؛ لأن العامل أمين في حق الثوب، ويد الأمين يد صاحب المال، كما في يد المودع.

وإنما قلنا: برضاه؛ لأنه لما عمل مع علمه أن عمله يقع في يد المشتري صار راضياً بوقوعه في يد المشتري.

حجتنا أن المبيع وقع في يد المشتري بغير رضا البائع، فلا يبطل حق البائع في الحبس، كما في بيع العين إذا قبض المشتري المبيع بغير رضا البائع، فإنه لا يبطل حق البائع في الحبس، وإن حصل في يد المشتري؛ لأنه حصل بغير رضاه.

بيانه: أنه لا يمكنه الاحتراز عن وقوع عمله في يد الحافظ؛ لأنه لا بد له من الحفظ حالة العمل، ويد الحافظ يد صاحب المال، وإذا لم يمكنه الاحتراز عن وقوع العمل في يد الحافظ، كان مضطراً في ذلك، والرضا لا يثبت مع الاضطرار، كصاحب العلو إذا بنى السفل، وليس كما لو عمل في بيت صاحب الثوب؛ وذلك لأن المبيع هناك وقع في يد المشتري برضا البائع، وذلك لأن الثوب في يد صاحب الثوب حكماً لقيام يده على الدار، ويمكن للعامل أن يعمل على وجه لا يقع عمله في هذا اليد، بأن يعمل في بيت نفسه، وإذا أمكنه الاحتراز عن إيقاع المبيع في هذا اليد، فإذا لم يحترز صار راضياً بذلك، فيبطل حقه في الحبس، فأما ههنا لا يمكنه الاحتراز على ما بينا، فيكون مضطراً في إيقاع العمل في يد الحافظ، والاضطرار ينافي الرضا.

والاختلاف في هذه المسألة نظير الاختلاف في الوكيل ، إذا نقد الثمن من ماله ، وقبض المشتري ، كان له أن يحبس عن الموكل حتى يستوفي الثمن ، وبنفس القبض وقع المبيع في يد الموكل ، لأن يده يد الموكل قبل إحداث الحبس ، ولم يبطل حقه في الحبس عندنا ؛ لأنه مضطر في وقوع المشتري في هذا اليد لا يمكنه القبض على وجه لا يقع في يده ، فلم يبطل حقه في الحبس عندهم ، ويبطل عند زفر رحمه الله ههنا ، وليس كالحمال والمكاري ؛ لأن المبيع ههنا ليس بقائم ، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار ، أما من حيث الحقيقة فلا إشكال ؛ لأن المبيع حركات انقضت ، ومضت ، وأما من حيث الاعتبار فلأنه لم يبق لعمله أثر في العين حتى يقام الأثر مقام العمل ، وحق الحبس إنما ثبت في المبيع ، فلا بد من قيامه ، أما ههنا بخلافه .

وأما القصار إن كان يقصر بالنشاشج أو ببياض البيض ، كان له حق الحبس ؛ لأنه اتصل بالثوب مال قائم ، كما في الصبغ ، فأما كان يبيض الثوب لا غير ، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، منهم من قال : له حق الحبس ؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب أثر عمله ، فيقوم مقام المبيع ، فيكون له حق الحبس ، كما في الخياطة .

ومنهم من يقول : لا يكون له حق الحبس ؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف إلى عمله ؛ لأنه غير حادث بعمله ، بل البياض كان حاصلاً لكن استتر بالدرن ، فزال ذلك بعمله ، وظهر البياض الذي كان في الأصل ، وإذا ثبت له حق الحبس بالأجرة عندنا ، لم يصر بالحبس متعدياً ، فيبقى العين عند أبي حنيفة رحمه الله أمانة في يده كما كان ، فإذا هلك بغير صنعه لا يضمن شيئاً إلا أنه يسقط الأجر ؛ لأنه هلك العمل قبل التسليم ، وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب سقوط البدل ، كالمبيع العين إذا هلك في يد البائع ، وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعين كان مضموناً على القصار والصباغ بسبب القبض إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه ، فيبقى بعد الحبس مضموناً كما كان ، فإذا هلك فلصاحبه الخيار ، إن شاء ضمنه غير معمول ؛ لأنه لم يصر مسلماً العمل ، فلا يستحق الأجر ، وإن شاء ضمنه معمولاً ؛ لأن العين مضمون عندهما بالقيمة ، والعمل تبع للعين ، والتبع يوافق الأصل ، ولا يخالفه ، فإذا كان الأصل مضموناً بالقيمة ، صار التبع مضموناً بالقيمة أيضاً .

فإن قيل: المبيع مبيع هلك في يد البائع بغير صنعه، والمبيع لا يتصور أن يكون مضموناً على البائع بالقيمة بحال، لا عند الهلاك، ولا عند الاستهلاك، كما في العين إذا هلك عند البائع، أو استهلكه البائع لا يضمن القيمة، فلم جعلتم العمل المبيع هنا مضموناً بالقيمة.

قلنا: نحن ما جعلنا العمل مضموناً بالقيمة أصلاً ومقصوداً، بل ضرورة وتبعاً للعين، ويجوز أن يثبت الحكم تبعاً للغير، ولا يثبت قصداً. وفي باب البيع لا ضرورة إلى جعله مضموناً بالقيمة، أما ههنا بخلافه، وإذا ضمنه قيمته معمولاً أعطاه الأجر؛ لأن المبيع صار مسلماً تقديراً، بقيامه مقام البدل إليه، ولو صار مسلماً حقيقة يعطيه الأجر، كذلك ههنا.

وكذلك الجواب لو أتلفه الأجير، يتخير صاحب الثوب، إن شاء ضمنه قيمته غير معمول، ولا يعطيه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته معمولاً، وأعطاه الأجر.

وفي «شرح القدوري»: وقال أبو يوسف: في الحمال إذا طلب الأجر بعدما بلغ المنزل قبل أن يضعه، ليس له ذلك؛ لأن حق المطالبة إنما يثبت بعد تمام العمل، والوضع من تمام العمل، فلا يثبت له حق المطالبة قبل الوضع.

ومما يتصل بمسائل الحبس:

١٢٦١٦- إذا استأجر الرجل من آخر داراً بدين كان للمستأجر على الآجر، يجوز، وكذا لو استأجر عبداً بدين، كان للمستأجر على الآجر يجوز، فإن فسخ الإجارة، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق، كان له ذلك، ولو كانت الإجارة فاسدة، وفسخ الإجارة بحكم فساد السبب، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق، ليس له ذلك.

والفرق بينهما أن العقد لا يتعلق بالدين، وإنما يتعلق بمثله، ولا تصير الأجرة مثل الدين إلا بشرط التعجيل، فتضمن ذلك شرطاً للتعجيل لتصير الأجرة مثل الدين، ووقعت المقاصة بينهما، وصار الآجر قابضاً الأجر بطريق المقاصة، فيعتبر كأنه استوفاه حقيقة، فأما في الإجارة الفاسدة مثل الدين لا يجب بنفس العقد؛ لأن أكثر ما في الباب

أن يجعل الأجرة مشروطة التعجيل، لكن الأجرة لا تملك، ولا تصير ديناً باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة ما لم يوجد استيفاء المنفعة حقيقةً، ومتى لم يصر ديناً لا تقع المقاصة، فلا يصير الآجر مستوفياً الأجرة أصلاً بمقابلة تسليم العقد، فلا يملك حبس المعقود به، فإن مات الآجر، وللآجر دين عليه، كان قبل العقد، ففي الإجارة الجائزة إذا حبس المستأجر حتى العين كان أحق به من الآجر حال حياته، فيكون أحق به من غرمائه بعد موته.

وفي الإجارة الفاسدة لما لم يملك الحبس لم يكن المستأجر أحق به من الآجر حال حياته، فلا يكون أحق به من غرمائه بعد موته، ولكن يكون أسوة غرمائه، فلو هلك العين في يد الأجير من غير صنعه، ومن غير أن يحبسه بالأجر، فإن كان لعمله أثر في العين، كما في الصباغ والخياط، سقط الأجر، وإن لم يكن لعمله أثر في العين، كالحمال والمكاري، لا يسقط الأجر.

والفرق أن العمل الذي له أثر في العين بمنزلة العين القائمة عليه، وإذا هلك في ضمانه، فصار كالمبيع يهلك قبل التسليم، أما ما لا أثر له في العين ليس هناك عين معقود عليه، وإنما يصير الحمال موفياً المعقود عليه حالاً فحالاً، فإذا انتهى إلى المكان المشروط فقد أوفى العمل بتمامه، فلا يسقط أجره بهلاك العين بعد ذلك، فلا يسقط أجره.

٢٣٦١٧ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: نساج نسج ثوب رجل، فذهب به إليه، وطلب منه أن يقبض منه الثوب، ويعطيه الأجرة، فقال له صاحب الثوب: اذهب إلى منزلك، حتى إذا رجعنا من الجمعة، صرت إلى منزلك ودفعت إليك الأجر، فاستلب الثوب من يد النساج في الرجعة، قال: إن كان حالة دفع الثوب إلى صاحب الثوب، ثم دفع الصاحب إلى الحائك، ولو ذهب به لم يكن الحائك يمنعه من ذلك، فإن دفع إلى الحائك على وجه الرهن هلك الثوب بالأجر، كما هو حكم الرهن، وإن دفع إليه على وجه الوديعة، هلك على الأمانة والأجر على حاله؛ لأنه مسلم نفسه إلى صاحب الثوب، فتقرر عليه الأجر، وإن كان في الابتداء لم يرد صاحب الثوب أن يدفع الثوب، لم يكن دفعه النساج، ولكن تركه صاحب الثوب عنده، فقد اختلف العلماء فيه، قال بعضهم: يضمن، وقال بعضهم: لا، فهي مسألة الأجير المشترك إذا هلك العين

من يده من غير صنعه .

١٣٦١٨ - وفي المنتقى : حائك عمل ثوباً لرجل، فسرق الأمر به لم أخذه، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر، فسرق من بيت صاحبه لا ضمان على الحائك، وإن سرق من بيته، فهو على الخلاف في ضمان الأجير .

١٣٦١٩ - وفي القدوري : استأجر حمالاً ليحمل له حملاً إلى بيته فحمله، وقال له صاحبه : أمسكه عندك فأمسكه، فهلك لا ضمان عليه؛ لأنه انتهى به عن الحمل، وقد قال : امسكه فأمسكه في يده، وهلك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان عليه .

وإن كان هذا قبل أن فرغ، وأمره بإمساكه في يد الأجير، فهلك فهو على الاختلاف، وعلى قياس مسألة المنتقى يجب أن تكون هذه المسألة على التفصيل أيضاً .

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب

الفصل الثالث

في الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة

٢٢٣٦٦- إذا استأجر داراً شهراً بأجر معلوم، أو استأجرها سنة، أو كل شهر، فابتداء المدة من حين العقد، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا استأجر كل شهر؛ لأن الإجارة تتناول الأبد، فلابد وأن يمضي الشهر من حين وقع عقد الإجارة، وإنما يشكل فيما إذا استأجر شهراً واحداً، فإنه عين للإجارة الشهر الذي يلي العقد، وهما سميا شهراً منكراً لا شهراً معيناً، والجواب: الشهر الذي يلي العقد تعين بدلالة الحال، أو بمقتضى مطلق العقد، أما بدلالة الحال، فلأن الظاهر من حال العاقل(١) المتدين أن يقصد العاقد بتصرفه الصحة، ولن تصح الإجارة لو لم يعين الشهر الذي يليهما؛ لأنه حينئذ تكون الإجارة على شهر لا بعينه، وأما بمقتضى مطلق العقد فلأن مطلق العقد يوجب حكمه للحال، كبيع العين المطلق، وحكم الإجارة وقوع الملك للمستأجر في المنفعة، وإنما يقع الملك له في منفعة الدار للحال إذا تعين الشهر الذي يلي الإجارة. وإذا تعين الشهر الذي يلي الإجارة ينظر إن وقعت الإجارة في الوقت الذي يهل فيه الهلال يعتبر الشهر بالهلال؛ لأن الهلال أصل في الشهور، والأيام كالبدل، وقد أمكن اعتبار الأصل، فلا يصار إلى البدل، وإن وقعت الإجارة في وسط الشهر، يعتبر الشهر بالأيام؛ لأنه تعذر اعتبار الأصل، فيعتبر البدل، هذا إذا وقعت الإجارة على شهر واحد.

وإن وقعت الإجارة على كل شهر، وكان ذلك في وسط الشهر يعتبر الشهر الذي يلي العقد بالأيام، وكذلك كل شهر بعد ذلك بلا خلاف، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن عنده العبرة للأيام إذا وقعت الإجارة في وسط الشهر، وإن كان آخر المدة وأولها معلوماً، بأن استأجرها أشهراً مسماة عشرة، أو ما أشبه ذلك، أو استأجرها سنة، فإذا لم يكن آخر المدة معلوماً أولى، وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إنما يعتبر الشهر الأول بالأيام، ويكمل من آخر المدة، وما بعد ذلك بالهلال إذا كان آخر المدة معلوماً حتى

---

(١) وفي نسخة: العقد

أمكن إكمال الأول بآخره، وهنا آخر المدة مجهولة، فلا يمكن إكمال الأول بالآخر، فيجب إكماله من الشهر الثاني.

وإن وقعت الإجارة على اثني عشر شهراً، أو ما أشبه ذلك من الأشهر المسماة، وكانت الإجارة في وسط الشهر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يعتبر جميع الأشهر بالأيام، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر الشهر الأول بالأيام، ويكمل من الشهر الأخير، وباقي الشهور بالأهلة، فوجه قولهما: إن في الشهر الأول والآخر اعتبار ما هو الأصل، وهو الهلال غير ممكن، فلا يعتبر، وفيما عدا ذلك أمكن اعتباره في الشهر الثاني والثالث؛ لأن الشهر الأول يجب إكماله من الشهر الثاني؛ لأنه متصل به، وإذا وجب إكمال الشهر الأول من الشهر الثاني انتقض الشهر الثاني، فيجب إكماله من الشهر الثالث؛ لأنه متصل به، وثم وثم إلى آخر المدة، فقد تعذر اعتبار الهلال في جميع المدة، فتعتبر الأيام.

وروى الحسن بن زياد رحمهما الله عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل استأجر منزلاً كل شهر بثلاثة دراهم مثلاً، قال في قياس قولي: الإجارة فاسدة، لكني أستحسن أن أجيزها في أول شهر، فأما فيما عداه، فلكل واحد منهما أن يفسخه.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله. أراد بقوله في قياس قولي: القياس على ما إذا اشترى كل قفيز من هذا الطعام بدرهم، فإنه على جميع الطعام عندنا، وعمل كلمة كل في الشمول والإحاطة، فالقياس أن يعمل كلمة كل ههنا في الشمول والإحاطة، وتتناول جميع الشهور، إلا أنها لو تناولت جميع الشهور فسد العقد؛ لأن جميع الشهور مجهولة، ولكن أستحسن، وقال: يجوز العقد في الشهر الأول بصفة اللزوم؛ لأنه لا جهالة فيه، ولا مزاحم له، وفيما عدا ذلك يثبت العقد بطريق الإضافة، وفي العقد المضاف لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد، فإذا لم يفسخ حتى دخل الشهر الثاني لزم العقد فيه.

١٣٦٢١ - وفي "الأصل": إذا استأجر الرجل من آخر داراً كل شهر بعشرة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هذا جائز، ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر، فإن سكن يوماً أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني.

واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة؛ بعضهم قالوا: أراد بقوله جائز أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما بعد ذلك من الشهور، فالإجارة فاسدة بجهالة المدة، إلا أنه إذا دخل الشهر الثاني، ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني؛ لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول، وبعضهم قالوا: لا بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث، كما جازت في الشهر الأول.

وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه، وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول، وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر، وإنما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة، وبيانها أن موضوع الإجارة أن لا يزيل الرقبة عن ملك المؤجر، ولا يجعلها ملكاً للمستأجر، ومتى لا يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر تزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى؛ لأنه لا يملك سكناها، ولا بيعها، ولا هبتها أبد الدهر؛ لأنه لا نهاية لجملة الشهور ولمدة الإجارة، فلهذه الضرورة ثبت لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ، والمضي في رأس كل شهر، وإن كانت الإجارة جائزة في الشهر، فيما زاد على الشهر، وكان ينبغي أن يثبت الخيار في كل ساعة لزوال المعنى الذي ذكرنا، إلا أنا لو أثبتنا ذلك لا يفيد الإجارة فائدتها؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يمتنع عن الإجارة مخافة الفسخ، فلهذه الضرورة تأخر الفسخ إلى رأس الشهر؛ لأنه بهذا القدر تصير الإجارة مفيدة، وليس ما وراء الشهر من الأوقات بعد ذلك بعضها بأولى من البعض، فيثبت الخيار رأس كل شهر لهذه الضرورة، والثابت ضرورة والثابت شرطاً سواء.

ولو شرط الخيار رأس كل شهر، تأخر الفسخ إلى رأس كل شهر، كذا ههنا، إلا أن المشايخ رحمهم الله بعد هذا اختلفوا في كيفية إمكان الفسخ لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإنما اختلفوا؛ لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، وكما أهل الهلال مضى رأس الشهر، فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار.

وقيل: ذلك لا يمكنه الفسخ؛ لأنه لم يجيء وقته، والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة، إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة: فسخت الإجارة، فيتوقف هذا

الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر، وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله، ونفذ؛ لأنه لم يحتمل نفاذًا في وقته، والفسخ إذا لم يحتمل نفاذًا في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي، ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله في البيوع: رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار، فحم العبد، وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار، لم ينفذ هذا الفسخ، بل يتوقف إلى أن يزول الحمى في مدة الخيار.

وقال في المضاربة: رب المال إذا فسخ المضاربة، وقد صار مال المضاربة عروضًا لم ينفذ الفسخ للحال، بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير، فينفذ الفسخ حينئذ. كذا ههنا، أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر: فسخت العقد رأس الشهر، فينفسخ العقد إذا أهل الهلال، ويكون هذا فسخًا مضافًا إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافًا، فكذا يصح فسخه مضافًا، أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال، ويومها، وهذا القائل يقول: لم يرد محمد رحمه الله بقوله: لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة، وهو الساعة التي يهل فيها الهلال، فإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة، وهي الليلة التي يهل فيها الهلال، ويومها.

١٣٦٢٢ - وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان: إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر، فقضاه في الليل التي يهل فيها الهلال، أو في يومها لم يحنث استحسانًا.

وفي «القدوري»: يقول غرة الشهر ورأس الشهر أول ليلة ويومها، ثم إذا كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة رأس الشهر إذا فسخ أحدهما لا بحضرة من غير محضر من صاحبه، هل يصح؟ من مشايخنا رحمهم الله من قال: إنه على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يصح، وعلى قول أبي يوسف: يصح، وهذا لأن الخيار ثبت لكل واحد منهما رأس الشهر لنوع ضرورة، والثابت ضرورة والثابت شرطًا سواء، ولو كان الخيار مشروطًا لكل واحد منهما، كانت المسألة على الخلاف. كذا ههنا.

ومنهم من قال: لا يصح الفسخ ههنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف، والفرق لأبي يوسف رحمه الله أن المشروط له الخيار إنما ملك الفسخ بغير محضر من صاحبه؛

ليعملوا إلى مدة معلومة قبل الليل، فيعمل فيها بحقيقة الاسم.

١٣٦٢٨ - وإن استأجر دابة ليلاً فإنه يركبها بعد غروب الشمس إلى أن يطلع الفجر، لأن الليل في عرف لسان الشرع واللغة اسم لما بعد غروب الشمس إلى أن يطلع الفجر، فكأنه نص على ذلك، ولو نص على ذلك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك.

١٣٦٢٩ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: رجل أعطى رجلاً درهمين ليعمل له يومين، فعمل له يوماً واحداً، وامتنع عن العمل في اليوم الثاني، فإذا كان سمى له عملاً، فالإجارة جائزة، ويجبر على العمل، وإن لم يعمل حتى مضى اليوم الثاني لا يطالب بالعمل، وإن كان سمى له العمل إلا أنه وقت يومين من الأيام، فالإجارة فاسدة لجهالة الوقت، وله أجر مثله إن عمل.

وفي فتاوى الفضلي: إذا استأجر رجلاً ليعمل كذا، فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة، ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن له أن يؤدي السنة أيضاً، واتفقوا أنه لا يؤدي نفلاً، وعليه الفتوى.

وفي غريب الرواية: قال أبو علي الدقاق رحمه الله: المستأجر لا يمنع الأجير في المصر من إتيان الجمعة، ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله بذلك إن كان بعيداً، وإن كان قريباً لم يحط عنه شيء من الأجر، فإن كان بعيداً، فاشتغل قدر ربع النهار، يحط عنه ربع الأجر، وإن قال الأجير: حط من الربع مقدار اشتغالي بالصلاة، لم يكن له ذلك، ثم قال: يحتمل أن يتحمل من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة - والله أعلم بالصواب -.

الفصل الرابع
في تصرف المؤاجر في الأجر

١٣٦٣٠ - إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة، أو وهبها منه، أو تصدق بها عليه، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة، ولم يشترط تعجيل الأجرة في العقد، لم يجز في قول أبي يوسف عيناً كانت الأجرة أو ديناً، والإجارة على حالها لا تنفسخ، وقال محمد رحمه الله: إن كانت الأجرة ديناً جاز ذلك، قبل المستأجر، أو لم يقبل، ولا تنتقض الإجارة، وإن كانت عيناً فوهبها منه، وكان ذلك قبل أن يقبضها، فإن قبل الهبة تبطل الإجارة، وإن ردّ لم يبطل، وعادت الأجرة على حالها. فأبو يوسف رحمه الله يقول: الإبراء إسقاط الواجب، فيعتمد سابقة الوجوب، والهبة تمليك، فيعتمد سابقة الملك، ولا وجوب ولا ملك بدون استيفاء المنفعة، واشتراط التعجيل، وإذا لم تصح تصرفه بقيت الأجرة على حالها، فلا تنتقض الإجارة، بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض، وقبله البائع حيث يبطل البيع؛ لأن هناك الهبة قد صحت لصدورها من المالك، وبعدما جعل القبض مستحقاً بالهبة، ثبت الملك، وإذا ثبت الملك فات القبض المستحق بالعقد، فبطل العقد.

ومحمد رحمه الله يقول: سبب الوجوب ثابت، فأقيم مقام الوجوب في حق صحة التصرف. ثم إن محمداً رحمه الله لم يشترط القبول في الإبراء والهبة إذا كانت الأجرة ديناً، ويشترط القبول في الهبة إذا كانت الأجرة عيناً. والفرق أن الإبراء والهبة في الدين إسقاط فيه معنى التمليك، فمن حيث إنه إسقاط لم يتوقف على القبول، ومن حيث إنه تمليك يرتد بالرد، والهبة في العين تمليك محض، والتمليك المحض لا يعمل بدون القبول.

ثم إذا قبل الهبة، وكانت الأجرة عيناً، بطلت الإجارة عند محمد رحمه الله؛ لأن عقد الإجارة ينعقد موقوفاً في حق المحل على حسب حدوث المنفعة، فمتى كانت الأجرة عيناً ووهبها من المستأجر، وقبل المستأجر لا يمكن القول بنفاذ التوقف في حق

المحل، فصار ذلك مناقضة، فبطلت الإجارة ضرورة، وإذا كانت الأجرة ديناً، ووهبها له، أو أبرأه منها، وقبل المستأجر ذلك، أو لم يقبل؛ لا تبطل الإجارة؛ لأن الحكم ببقاء الإجارة ممكن هناك؛ لأن محل الأجرة إذا كانت ديناً في الذمة، وذمته باقية، فيقوم قيام محل الأجرة مقام قيام الأجر إبقاء لعقد بقدر الممكن.

١٣٦٣١- ولو وهب بعض الأجرة، وأبرأ عن بعض الأجرة جاز بلا خلاف، أما على قول محمد رحمه الله: فظاهر، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فلأنه يعتبر هذا حطاً، ويجعل كأن العقد من الابتداء ورد على ما بقي خاصة، ولا كذلك هبة الكل، وإن كانت هذه التصرفات من المؤاجر بعد استيفاء المنفعة، أو بعد اشتراط التعجيل جازت بلا خلاف؛ لأن بعد استيفاء المنفعة أو بعد اشتراط التعجيل ثبت الوجوب، وثبت الملك، فيصح الإسقاط والتمليك على قول أبي يوسف رحمه الله.

١٣٦٣٢- ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله: رجل أجر أرضه من رجل بدراهم معلومة، وقبض الأجر، فلم يزرع المستأجر الأرض، حتى وهب الآجر الأجر للمستأجر، ودفعه إليه، ثم انتقضت الإجارة بوجه من الوجوه، فإن للمستأجر أن يرجع على الآجر بما أعطاه من الأجر إلا حصة ما مضت من السنة، والأرض في يد المستأجر، ولو كان وهب له قبل القبض لم يرجع بشيء، وإذا تصارف الآجر والمستأجر بالأجرة، فأخذ بالدراهم دنانير، فإن كان ذلك بعد استيفاء المنفعة، أو كان شرط التعجيل في الأجرة حتى وجب الأجرة، جازت المصارفة إجماعاً، وإن كان قبل استيفاء المنفعة، ولم يشترطا التعجيل، فالمسألة على الخلاف، على قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: لا يجوز، وهذا إذا كانت الأجرة ديناً، فأما إذا كانت الأجرة عيناً، فإن كانت نقرة بعينها، فأعطاه المستأجر مكانه دنانير لا يجوز، سواء كان قبل استيفاء المنفعة أو بعدها، وسواء كان قبل اشتراط التعجيل أو بعده.

وجه قوله الأول -وهو قول محمد رحمه الله-: إن هذه مصارفة بدين وجب حال المصارفة، وأنه مما يجوز الاستبدال به، فيجوز كما بعد استيفاء المنفعة.

بيانه: أن المقصود من إضافة الشراء إلى الأجرة وقوع المقاصة بين الأجرة وبدل

الصرف، لا الاستحقاق بعينه، وإن ثبت هذه المقاصة بين الأجرة وبدل الصرف إلا بعد اشتراط التعجيل في الأجرة قبل الصرف؛ لأن المقاصة ببدل الصرف بدين وجب حكماً بعد عقد الصرف لا يجوز، ألا ترى أن من اشترى ديناراً بعشرة دراهم، ثم إن مشتري الدينار باع من بائع الدينار ثوباً بعشر دراهم، لا تقع المقاصة بين ثمن الثوب، وبين بدل الدينار، تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه دين وجب بعد عقد الصرف، وإذا كان هكذا، اقتضت هذه الإضافة اشتراط التعجيل قبل عقد الصرف، فكأنهما شرطا التعجيل قبل الصرف، ثم تصارفا، بخلاف ما إذا كانت الأجر عيناً؛ لأن أكثر ما في الباب أن يثبت اشتراط التعجيل هناك مقتضى عقد الصرف مع هذا لا يجوز المصارفة؛ لأن الأجرة إذا كانت عيناً مبيعاً، فيصير المستأجر بهذه المقاصة مستبدلاً بالمبيع قبل القبض، وأنه لا يجوز، أما إذا كانت الأجرة ديناً في الذمة، فالاستبدال به قبل القبض جائز.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: إن هذه مصارفة بدين غير واجب حالة المصارفة؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة وقبل اشتراط التعجيل.

وأما ما قال محمد رحمه الله: بأن هذه الإضافة تضمنت اشتراط التعجيل، قلنا: غير المنصوص إنما يجعل منصوصاً لتصحيح أصل التصرف لا لإبقاء التصرف على الصحة، وهذا لأن جعل غير المنصوص منصوصاً خلاف الحقيقة، وخلاف الحقيقة لا يصار إليه إلا في موضع ورد الاستعمال، والاستعمال ورد في تصحيح أصل التصرف لا في إبقاء التصرف على الصحة.

والفقه في ذلك أن البقاء يتبع الأصل، والمقتضى يثبت تبعاً، فلو أثبت المقتضى لإبقاء العقد على الصحة فقد جعلنا التبع وهو البقاء أصلاً، وأنه لا يجوز.

وإذا ثبت هذا فنقول: المصارفة بالأجرة صحيحة من غير اشتراط التعجيل، وإن لم تكن الأجرة واجبة إذا ملك ما شرط من الأجرة، وإذا لم يملك يبطل العقد بعد الصحة، فلو أثبتنا اشتراط التعجيل، فإنما[1] نثبته مقتضى بقاء الصرف على الصحة، لا مقتضى تصحيح أصل الصرف، وأنه لا يجوز.

فرع محمد رحمه الله في «الأصل» على مسألة المصارفة: فقال: إذا وقعت

---

(١) هكذا في «ظ» وكان في الأصل وم: «قائمة» مكان «فإنما».

اشتراط التعجيل جاز البيع؛ لأن البيع بدين ليس بواجب في الحال، ولا يجب في الثاني جائز، فإن باع بدين مطلوب شيئاً تصديقاً على أنه لا دين، فإنه يصح البيع بالأجرة، وأنها تجب في الثاني، وإن لم يجب في الحال أولى، وهذا لأنه ليس المقصود من إضافة البيع إلى الدين وإلى الأجرة استحقاق عينه، وإنما المقصود المقاصة بين الأجر وبين الثمن. فيتعلق العقد بمثل الأجر ديناً في الذمة، وتقع المقاصة بين الأجر والثمن

بعد هذا اختلف المشايخ رحمهم الله في كيفية وقوع المقاصة، قال بعضهم: يقع الشراء بثمن مؤجل بسبب تأجيل الأجر، فإذا وجب الأجر وحل الدينان تقاصا.

وقال بعضهم: يقع الشراء بثمن حال، ويثبت اشتراط تعجيل الأجر من جانب المستأجر للحال، فتقع المقاصة بينهما للحال، لا في الثاني، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا انفسخت(١) الإجارة، وبقي الشراء، فمن يقول: الشراء يقع بثمن مؤجل لا يكون للمستأجر حق مطالبة الآجر بالثمن للحال، ومن يقول: الشراء يقع بثمن حال، يقول: للمستأجر حق مطالبة الآجر بالثمن للحال

وجه القول الأول: إن إضافة الشراء إلى الدين إذا كان دراهم إن لم تكن معتبرة لاستحقاق المضاف إليه بعينه، فهو معتبر لتقدير الثمن به قدراً ووصفاً، ألا ترى أنه لو أضاف الشراء إلى دراهم غير تعتبر الإضافة لتقدير الثمن به قدراً ووصفاً، فكذا هنا

قلنا: والمضاف إليه الشراء، وهو الأجرة في معنى المؤجل، فتثبت صفة التأجيل في الثمن، ثم تقع المقاصة إلى أجل الدين، وجه القول الآخر: إنا لو اعتبرنا هذه في إثبات صفة الأجل يفسد الشراء؛ لأنه يصير مشترياً بثمن يجب في الثاني لا في الحال؛ لأن الأجرة لا تجب في الحال، إنما تجب في الثاني، والشراء بمثل هذا الثمن لا يجوز، فتركنا العمل بحقيقة هذه الإضافة، واعتبرنا الإضافة لوقوع المقاصة بينهما للحال، بأن يقع الشراء بثمن حال، ويثبت اشتراط تعجيل الأجر حتى يجب الأجر للحال، فإن الأجر يجب باشتراط التعجيل، وإن وجد اشتراط التعجيل بعد العقد، وإذا أمكننا تصحيح الإضافة على هذا القول، وفيه جواز العقد اعتبرنا هكذا، قال: فإن وفاه العمل والشرط سلم له ذلك، وإن لم يوفه ذلك لموت حدث أو غير ذلك من عذر، فإن

---

(١) هكذا في م و ك، وفي الأصل و ب: انفسخت.

المستأجر يرجع على المؤاجر بالدراهم، ولا يرجع بالعرض؛ لأن العرض صار ملكًا للمؤاجر بالشراء، والشراء لم ينفسخ بانفساخ الإجارة؛ لأن الشراء ما كان متعلقًا بعين الأجر، حتى ينفسخ بسقوط الأجر، وإذا بقي الشراء صحيحًا بعد انفساخ الإجارة، لا يكون للمستأجر على العرض سبيل. لكن إذا قبل انفساخ الإجارة، يرجع المستأجر على ورثته بالدراهم؛ لأن المستأجر أوفاه الأجر حكمًا بالمقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه حقيقةً هناك، انتقضت الإجارة قبل إيفاء العمل، كان للمستأجر حق الرجوع بالأجر، كذا هنا.

ولو أخذ بالأجرة رهنًا أو كفيلًا جاز في قولهم جميعًا، أما على قول محمد رحمه الله فظاهر، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله؛ فلأن الرهن والكفالة وثيقتان، فيلائم هذا الدين، كما لو رهن بالثمن في البيع المشروط الخيار.

١٣٦٣٥ - قال محمد رحمه الله: وإذا استأجر الرجل دارًا بثوب بعينه، وسكنها، فليس لرب الدار أن يبيع الثوب قبل أن يقبضه لا من المستأجر، ولا من غيره بمنزلة المبيع، ألا ترى أنه لو هلك قبل أن يدفعه إلى رب الدار انتقضت الإجارة، وكان على المستأجر أجر مثلها، وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وكذلك كل شيء يتعين بالتعيين، كالعروض والحيوان وغيره.

وإن كانت الأجرة شيئًا من المكيل والموزون بعينه موصوفًا، فلا بأس بأن يبيعه قبل أن يقبضه؛ لأنه ثمن، وهذا إذا وجب باستيفاء أو باشتراط التعجيل، وإن اشترى به منه شيئًا بعينه، جاز قبض ذلك في ذلك المجلس، أو لم يقبض، وإن اشترى به منه شيئًا بغير عينه لا بد وأن يقبض ذلك الشيء في المجلس، حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين.

١٣٦٣٦ - وإذا استأجر الرجل دارًا بعبد بعينه سنة، وأعتق رب الدار العبد قبل أن يقبض العبد من المستأجر، وقبل أن يسلم الدار إلى المستأجر، فعتقه باطل؛ لأنه لا ملك له في العبد لا ملكًا باتًا، ولا ملكًا موقوفًا بناء على ما قلنا: إن الأجرة لا تملك إلا باستيفاء المنافع أو بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، ولم يوجد شيء من ذلك.

وإن كان رب الدار قد قبض العبد إلا أنه لم يسلم الدار إلى المستأجر بعد، حتى أعتق العبد جاز إعتاقه؛ لأنه ملك العبد بالتعجيل، فالأجرة تملك بالتعجيل، فقد عتق

ملك نفسه ، فيعد ، فإن هدمت قبل أن يقبضها المستأجر ، أو غرقت ، أو استحقت ، فعلى المعتق قيمة العبد كله ؛ لأن المنزل لم يسلم للمستأجر ، فيجب على رب الدار رد البدل ، وهو العبد ، وتعذر رده صورة بسبب العتق ؛ فيجب رده معنى برد القيمة ، وهذا وبيع العين في هذا الحكم على السواء .

١٣٦٣٧ - ومن باع عبداً بثوب وأعتق مشتري العبد العبد ، وهلك الثوب قبل التسليم ، يجب على معتق العبد رد قيمة العبد ، وطريقه ما قلنا

ولو سكن المستأجر الدار شهراً ، وهلك العبد بعد ذلك في يد المستأجر قبل التسليم إلى رب الدار ، فإن على المستأجر أجر مثل الدار ، بحصة الشهر ؛ لأن أحد البدلين هلك قبل القبض ، وهو عين ، والبدل الآخر وهو القيمة قائمة ؛ لأنه يجب قيمته على المستأجر ، فلا ينفسخ العقد ، ولكن يفسد كما في بيع العرض ، فيجب على المستأجر رد ما قبض من المنافع بحكم فساد العقد ، وتعذر رد عينها ، فيجب رد قيمتها ، وقيمة المنافع أجر المثل إلا أنه يجب أجر المثل ههنا بالغاً ما بلغ ، حتى إذا كان أجر المثل أكثر مما يخص الشهر من قيمة العبد يجب ذلك كله ، بخلاف ما إذا كانت الإجارة فاسدة من الابتداء ؛ فإنه لا يزاد أجر المثل على ما يخص الشهر من قيمة العبد .

والفرق أن المنافع إنما تتقوم بالعقد ، وفي مسألتنا الاستيفاء في الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه ؛ لأن العقد كان جائزاً حالة الاستيفاء في الشهر ، وإنما فسد من بعد ، فصار المستوفى متقوماً من كل وجه ، فصار مستحقاً بالعين ، ومتى وجب رد العين بسبب الفساد ، وتعذر رد عينه يجب رد قيمته بالغة ما بلغت ، فأما إذا كان العقد فاسداً من الابتداء فالعقد وجد من وجه دون وجه ؛ فإنه وجد بأصله لا بوصفه ، فيثبت التقوم للمنافع من وجه دون وجه ، فيثبت التقوم بقدر المسمى ، ولا يثبت فيما زاد على المسمى ، ففيما زاد على المسمى الاستيفاء يكون بغير عقد ، فلا يجب بمقابلته شيء ، ثم أوجب قيمة المنافع ، ولم يوجب قيمة العبد .

وفرق بين الإجارة وبين النكاح ، فإن من تزوج امرأة على عبد ، وهلك العبد قبل التسليم ، أو استحق ترجع المرأة على الزوج بقيمة البدل ، وهو العبد لا بقيمة المبدل ، وهو منافع بضعها ، وفي باب الإجارة قال : متى هلك العبد قبل التسليم غرم رب الدار ، يرجع

بقيمة المبدل ، وهو المنافع لا بقيمة البدل ، وهو العبد .

والفرق أن النكاح مما لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب ، فلا يفسخ بهلاك العبد قبل التسليم ، أو استحقاقه بقي السبب الموجب لتسليم العبد ، وهو عاجز عن تسليمه ، فيجب تسليم قيمته . أما الإجارة يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ، فينفسخ بهلاك العبد قبل التسليم واستحقاقه ، أو يفسد ، وإذا انفسخ أو فسد وجب رد المنافع ، وتعذر ردها صورة ، فيجب ردها معنى برد قيمتها - والله أعلم بالصواب - .

الفصل الخامس
في الخيار في الإجارة والشرط فيها

١٣٦٣٨ - ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في "الفتاوى الصغرى": إذا استأجر الرجل رجلاً ليبست ديگ روين بشاية ببدل معلوم، ففعل ذلك بالعشرة، وامتنع عن الباقي، قال: إن كان قد أراه القدور وقت الاستئجار، يجبر على الباقي، وإن لم يره لا يجبر؛ لأن في الوجه الأول الإجارة قد صحت، وفي الوجه الثاني لم يصح لجهالة المعقود عليه، وعلى هذا إذا استأجر رجلاً ليبست زنديجي بالد، ففعل ذلك بالعشرة، وامتنع عن الباقي، فهو على الوجهين اللذين ذكرناهما.

وأصل هذه المسائل ما ذكر محمد رحمه الله في الإجارات: أن من شارط قصاراً على أن يقصر له عشرة أثواب ببدل معلوم، ولم يره الثياب، ولم يكن عنده كان فاسداً، وإذا أراه الثياب كان جائزاً، وإذا سمى له جنساً من الثياب، ذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده رحمه الله" في "شرحه": أن هذا نظير ما لم يرها، يعني يكون فاسداً، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه أنه إن بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلوماً، فهو وإراءة الثياب سواء، فيجوز أن يكون قول شمس الأئمة رحمه الله في مسألة القدر والزنديجي كقوله: في القصار، فيتأمل عند الفتوى.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: قصّار شارطه رجل على أن يقصّر له ثوباً مروياً بدرهم، ورضي به القصار، فلما رأى القصار الثوب، قال: لا أرضى به، فله ذلك، قال: وكذلك الخياط، والأصل فيه أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، وكل عمل لا يختلف باختلاف المحل، لا يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، والقصارة تختلف باختلاف المحل، وكذلك الخياطة، فلأجل ذلك أثبتنا خيار الرؤية فيهما.

قال ثمة: ولو استأجر رجلاً ليكيل له كر حنطة، فلما رأى الحنطة، قال: لا

أو رضي به، فليس له ذلك.

وكذلك إذا استأجر رجلا ليحجم له بد ثم، ورضي به، فلما كشف من ظهره، قال: لا أرضى به، فليس له ذلك؛ لأن العمل هنا لا يختلف.

١٣٦٣٩- ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في "المنتقى": رجل استأجر رجلا بدرهم على أن يحلج له قطنا معروفا، وسماه، فهو جائز إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال: يقصر لي مائة ثوب مروي، جاز إذا كانت الثياب عنده، فالأصل أن الاستئجار على عمل في محل هو عنده جائز؛ والاستئجار على عمل في محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز بيع ما ليس عنده، قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب، ولا خيار له في مسألة القطن، فهو بناء على الأصل الذي قلنا

١٣٦٤٠- وفي "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله: رجل استأجر غلام سنة بدار له، فاستعمل الغلام، ومضت السنة، ونظر أجير الغلام إلى الدار، ولم يكن رآها، فقال: لا حاجة لي فيها، قال: له ذلك، وله أجر مثل غلامه.

وفي المسألة نوع إشكال: ووجه أن بالرد بخيار الرؤية ينفسخ العقد من الأصل، وتصير المنافع مستوفاة بلا عقد، فكيف يتقوم؟

والجواب: أن الانفساخ لا يظهر في حق المستوفى، أو نقول: المنافع كما تتقوم بالعقد تتقوم بالشرط، وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن، ويثبت خيار العيب في الإجارة، كما في البيع، إلا أنه في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض، وبعد القبض، وفي البيع ينفرد المشتري بالرد قبل القبض، وبعد القبض يحتاج إلى القضاء أو الرضا

وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله أيضا: رجل أجر من آخر دارا شهرا مسماة بدين معلوم على أنه بالخيار فيها شهرا، ودفعها إلى المستأجر، فسكنه المستأجر قبل إجازة رب الدار الإجارة، فلا أجر عليه فيما سكن، وإنما يجب عليه الأجر فيما يسكن بعد إجازة المالك، وجعل الخيار للإجارة كالمعدوم في حق الحكم، كما في باب البيع.

١٣٦٤١- وعن إبراهيم عن محمد رحمهما الله أيضا: رجل قال لغيره: استأجرتك اليوم على أن تنقل هذا التبن إلى موضع كذا، وذلك لا ينقل إلا في أيام

كثيرة، فإن هذا على الوجه، ولا تكون على العمل، والأصل أن المستأجر متى جمع بين العمل وبين الإضافة إلى الزمان في العقد، ومن ذلك العمل مما لا يقدر الأجير على تحصيله في ذلك الزمان، كان العقد على الزمان، وكان استحقاق الأجر معلقاً بتسليم النفس في ذلك الزمان؛ لأن الإجارة نوع بيع، فيراعى فيه كون المبيع مقدوراً عليه.

٢٣٦٤٢ – وفي "الحاوي": إذا قال للأجير: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجر شهر رمضان، أو قال: على أن لا أجر عليك في شهر رمضان، فهذه إجارة فاسدة.

٢٣٦٤٣ – وفيه أيضاً: استأجر حماماً سنة بمال معلوم على أن يحط عنه أجر شهرين للتعطيل، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد، لأن مقتضاه أن لا يلزمه أجرة أيام التعطيل شهراً كان أو أكثر أو أقل، والحكم بحط أجر شهرين يخالف مقتضى العقد، حتى لو قال: على أن مقدار ما كان معطلاً فلا أجر عليه فيه، يجوز؛ لأن هذا يوافق مقتضى العقد ويقرره.

وهو نظير ما قال في "الجامع الصغير": إذا اشترى زيتاً على أن يحط منه لأجل الزق خمسون رطلاً، لا يجوز، ولو قال: على أن يحط عنه مقدار وزن الزق جاز.

٢٣٦٤٤ – وفيه أيضاً: استأجر حماماً على أنه إن نابته نائبة(١) فلا أجر له، فالإجارة فاسدة، قال: لأن النائبة أن يمرض أو يعرض له شغل، فهذا شرط فاسد، هكذا ذكر، ولم يذكر أن الهاء في قوله: "نابته" ضمير الأجير أو ضمير المستأجر، فإن كان ضمير المستأجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط يخالف موجب العقد؛ لأنه يوجب العقد وجوب الأجر إذا سلم الأجير نفسه للعمل مع مرض المستأجر أو شغله، لأن ذلك ليس بعذر هنا.

وإن كان ضمير الأجير فإنما فسدت هذه الإجارة لأنه شرط انتفاء الأجر بطارئ المرض أو اعتراض الشغل، وذلك مما لا يمنع من العمل، فإن الأجير يستوجب حق التسليم لانتفاء الأجر بعده، وإن كان موجبه انتفاء الأجر، لكن مقصوراً على مدة المرض أو الشغل، وهو قد نفى الأجرة مطلقاً بالكلية، فلا جرم كان مفسداً للعقد.

---

(١) [illegible]

على صاحبها عند الفراغ.

١٣٦٤٧ - وفيه أيضًا: رجل استأجر جبابًا وكيزانًا، وقال له المؤاجر: إن لم تردها عليّ صحيحة، فلي عليك كل يوم درهم، فقبضها، قال: الإجارة في الجباب فاسدة، وفي الكيزان جائزة، يريد به إذا سمى للجباب أجرًا معلومًا، وسمى للكيزان أجرًا معلومًا، فيجب في الكيزان المسمى وفي الجباب أجر المثل، وإنما فسدت الإجارة في الجباب؛ لأن لها حمل ومؤنة، وما له حمل ومؤنة فاشتراط رده على المستأجر يوجب فساد الإجارة، وأما الكيزان فليس لها حمل ومؤنة، فاشتراط ردها على المستأجر لا يوجب فساد الإجارة؛ لأن اشتراط ردها يقع لغوًا؛ لأنه لا يجري فيه المماكسة إذا لم يكن له حمل ومؤنة، وقيل: تفسد الإجارة في الكيزان أيضًا؛ لأن رد المستأجر على الآجر على كل حال، فاشتراطه على المستأجر اشتراط ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة؛ لأنه تجري المماكسة في حمل الكيزان وردها خصوصًا إذا كثرت.

وقيل: لا تفسد الإجارة في الكيزان إلا إذا علم أن لها حمل ومؤنة يجري المماكسة في حملها ونقلها.

١٣٦٤٨ - وفي الأصل: رجل تكارى من رجل دارًا سنة على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، فإن رضيها أخذها بمائة درهم، وإن لم يرضها أخذها بخمسين درهمًا، فذلك فاسد لوجهين. أحدهما: أنهما صفقتان في صفقة، أو شرطان في عقد واحد، وكل ذلك لا يجوز، والثاني: أن الأجر مجهول فإنه مائة إن رضيها، وخمسون إن لم يرضها، ولا يدري أيرضاها أو لا يرضاها، فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين إذا استأجر منزلاً على أنه إن قعد فيه حياطًا، فأجر كل شهر عشرة، وإن قعد فيه حدادًا أو قصارًا أو طحانًا، فأجر كل شهر عشرون، فإن الإجارة جائزة على قوله الأول، وهنا قال: لا يجوز.

والفرق: أن هناك الإجارة وقعت على منفعتين مختلفتين، وسمى لكل واحدة بدلاً معلومًا وشرط لنفسه الخيار، وهذا جائز في بيع العين، فإنه لو اشترى عبدين على أنه بالخيار إن اختار هذا أخذه بألف، وإن اختار هذا أخذه بمائة، فهو جائز.

وكذلك الإجارة، فإنه إذا دفع إلى خياط ثوبًا على أنه إن خاطه روميًا فله درهم،

وإن خاطه فارسيًا، فله نصف درهم، فذلك جائز، فكذا ههنا.

أما في هذه المسألة أوقع العقدين على منفعة واحدة ببدلين مختلفين على أنه بالخيار، ومثل هذا لا يجوز في بيع العين. فإنه لو اشترى عبدًا على أنه إن رضيه أخذه بألف درهم، وإن لم يرضه أخذه بخمس مائة كان العقد فاسدًا، فكذا في بيع المنفعة، فإن سكنها وجب عليه أجر المثل في الثلاثة الأيام، وبعد ثلاث الأيام، أما بعد ثلاث الأيام، فلأنه سكنها بحكم العقد، وأما في الثلاثة الأيام؛ فلأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح، ولو كانت الإجارة صحيحة، وللمستأجر فيه خيار الشرط(١) إذا سكنها في الأيام الثلاثة وجب عليه الأجر، وكان السكنى منه دليل الاختيار، كذا إذا كان فاسدًا. ولا يضمن ما انهدم من سكناه لا في مدة الخيار، ولا بعد مضي مدة الخيار لا يضمن؛ لأن الإجارة بعد مضي مدة الخيار، وليس لأحدهما فيه خيار الشرط، فكان معتبرًا بالصحيح من الإجارة التي ليس لأحد فيها خيار، ولا يضمن ما انهدم من سكناه في مدة الخيار؛ لأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح، ولو كانت الإجارة جائزة، والخيار فيها للمستأجر إذا سكن في مدة الخيار، وانهدم الدار من سكناه، لم يضمن؛ لأنه بالسكنى سقط خياره، وملك المنافع عندهم جميعًا، فصار مستوفيًا بحكم الإجارة، فلم يضمن ما انهدم من سكناه، وكذلك هذا، كما في بيع العين إذا كان المشتري بالخيار، وقبض ما اشترى، وهلك شيء مما في يده، لزمه البيع، وكان عليه الثمن، كذا ههنا. وهذا بخلاف ما لو كان الخيار مشروطًا لصاحب الدار، فإنه يضمن المستأجر قيمة ما انهدم من سكناه في مدة الخيار، كما في بيع العين إذا هلك شيء من المبيع في يد المشتري، وكان الخيار للبائع، فإنه يضمن قيمة ذلك، كما لو كان غصبًا، فكذلك هذا.

وإن قال: أنا(٢) بالخيار ثلاثة أيام، فإن رضيتها أخذتها بمائة درهم كانت الإجارة جائزة؛ لأن البدل معلوم، إلا أنه شرط فيها خيار، وخيار الشرط مما لا يفسد عقد الإجارة عندنا، وقال الشافعي: إنه يفسدها، وذهب في ذلك إلى أن خيار الشرط في الإجارة يجعل الإجارة بمعنى المضاف؛ لأن الخيار متى سقط لا يقع الملك من وقت العقد؛ لأن ما

(١) هكذا في الأصل.

(٢) وفي الأصل: أما سكان لم

وجد من المنافع في مدة الخيار تلاشت، وإنما يقع من جنس سقوط الخيار، فيصير بمعنى المضاف، ومن مذهبه أن إضافة الإجارة إلى وقت آتي لا يجوز، بخلاف البيع؛ لأن المبيع قائم وقت سقوط الخيار، فيقع الملك من وقت العقد، لا من وقت سقوط الخيار، فلا يصير بمعنى المضاف، وعلماؤنا رحمهم الله ذهبوا في ذلك إلى أنه هب كأنه يصير بمنزلة المضاف إلى وقت سقوط الخيار إلا أن إضافة الإجارة إلى وقت آت جائز عندنا؛ لأن الإجارة عا يتجدد انعقاده على حسب حدوث المنافع في نفسها، فيصير مضافًا من حيث الاعتبار، فتصير المسألة على هذا فرع لتلك المسألة، فإن سكنها في الثلاثة الأيام، فقد لزمه الإجارة، وكان عليه أجر ما سكن، ولا ضمان عليه فيما انهدم.

قالوا: أورد هذه المسألة عقيب الأولى ليثبت حكم إجارة صحيحة شرط فيها الخيار للمستأجر حتى تعتبر الفاسدة به.

١٢٦٤٩ - رجل استأجر ثورًا من رجل يطحن عليه كل يوم عشرين قفيزًا له، فوجده المستأجر لا يطحن إلا عشرة أقفزة، كان المستأجر بالخيار، إن شاء رضي به كذلك، وإن شاء ردّه؛ لأنه لم يسلم له بشرط منتفع به، فيتخير، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خبّاز، فوجده غير كاتب وغير خبّاز، فإن رضي به لزمه أجر كل يوم بتمامه، كما في بيع العين إذا رضي بالعبد، كذلك غير كاتب وغير خبّاز، لزمه جميع الثمن، وإن ردّ كان عليه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه، ولا يُحطّ عنه شيء بسبب النقصان عن العمل؛ لأن الإجارة وقعت على الوقت، ولهذا يستحق الأجر، وإن لم يطحن عليها شيئًا، وكان ذكر المقدار لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله، لا لتعليق العقد به، فإذا كان اللفظ واقعًا على الوقت لا على العمل، يُوزع الأجر على الأيام لا على العمل، فلزمه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه - والله أعلم بالصواب -.

الفصل السادس
في الإجارة على أحد الشرطين، أو على الشرطين أو أكثر

١٣٦٥٠ - الأصل: أن الإجارة إذا وقعت على أحد شيئين، وسمى لكل واحد أجرًا معلومًا، بأن قال: آجرتك هذه الدار بخمسة، أو هذه الأخرى بعشرة، أو كان هذا القول في حانوتين، أو عبدين، أو مسافتين مختلفتين، نحو أن يقول: إلى واسط بكذا، أو إلى الكوفة: بكذا، فذلك كله جائز عند علمائنا، وكذلك إذا خيّره بين ثلاثة أشياء، وإن ذكر أربعة أشياء لم يجز، وكذلك هذا في أنواع الصبغ والخياطة إذا ذكر ثلاثة جاز، فإن زاد عليها لم يجز استدلالاً بالبيع، وهذا لأن عقد الإجارة يتسامح فيها من تحمل الجهالة، والخطر ما لا يتحمل في البيع، فإذا جاز في البيع إلى ثلاثة فلأن يجوز في الإجارة أولى، إلا أن فرق ما بين الإجارة والبيع أن الإجارة تصح من غير شرط الخيار، والبيع لا يصح من غير شرط الخيار، حتى إن من باع أحد العبدين لا يجوز إلا بشرط الخيار، وإجارة أحد الشيئين تجوز من غير شرط الخيار.

والفرق: أن الأجرة لا تجب بنفس العقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا أخذ في أحد العملين، صار البدل معلومًا عند وجوبه، بخلاف البيع؛ لأن الثمن يجب بنفس العقد، وإنه مجهول، أو نقول: عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما ينعقد عند إقامة العمل، وعند ذلك لا جهالة، بخلاف البيع؛ لأن عقد البيع لازم في الحال، وفي الحال الجهالة مستحقة.

ولو قال للخياط: إن خطته فارسيًا، فلك درهم، وإن خطته روميًا فلك درهمان، أو قال للصباغ: إن صبغته بعصفر فلك درهمان، وإن صبغته بزعفران فلك درهم، فهذا جائز؛ لما ذكرنا أن الأجرة حال وجوبها تصير معلومة.

١٣٦٥١ - ولو قال: آجرتك هذه الدار على أنك إن أقعدت فيها حدادًا، فالأجر عشرة، وإن أقعدت فيها خياطًا فالأجر خمسة، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الإجارة فاسدة؛ لأن الأجر هنا لا يجب

بالسكنى، بل بالتخلية، ألا ترى أنه لو لم يسكن الدار بعد ما خلى الآجر بينه وبين الدار، يجب الأجر بالتخلية، وإذا كان الأجر يجب بالتخلية كان الأجر مجهولاً وقت الوجوب؛ لأنه لا يدري أن التخلية وقعت للحدادة، فتجب عشرة أو للخياطة فتجب خمسة، بخلاف الرومي والفارسي؛ لأن هناك الأجر لا يجب إلا بالعمل، والعمل بعد وجوده معلوم في نفسه، فكان الأجر معلوماً حالة الوجوب، وأبو حنيفة رحمه الله يقول على قوله الآخر: الأجرة لا يملك بنفس العقد عندنا، وإنما يملك بالعمل وحالة العمل الأجرة معلومة. وعلى هذا إذا آجر دابته من إنسان إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها حنطة فالأجر عشرة، وإن حمل عليها شعيراً، فالأجر خمسة، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، خلافاً لهما.

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها هذه الحمولة، فالأجر عشرة، وإن ركبها، فالأجر خمسة، فالعقد جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر خلافاً لهما. هما قالا: بأن الأجر قد يجب بدون الركوب والحمل، ألا ترى أنه لو ساقها ولم يركب، وقد شرط في العقد الركوب، يجب الأجر، وكذلك إذا ساقها، ولم يحمل عليها، وقد شرط في العقد الحمل، يجب الأجر، فإذا ساقها وقد شرط في العقد ما وصفت لك من الركوب والحمل، لا ندري ما يعطيه من الأجر.

ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن الأجر لا يجب بنفس العقد، وإنما يجب بالعمل، وحال وجوده الأجر معلوم، واختلفت عبارة المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله في تخريج مسألة الدابة والدار: إنه إذا سلم الدار فلم يسكن، ولم يحمل عليها شيئاً، وإذا سلم الدابة ولم يحمل عليها شيئاً ولم يركبها، بعضهم قالوا: يجب أقل المسميين؛ لأن التسليم لا يكون لهما، وإنما يكون لأحدهما، فمتى جعلناه للخياطة والشعير أو الركوب فالخمسة واجبة، ومتى جعلناه للحدادة، أو الحنطة أو للحمل، فالعشرة واجبة، والخمسة متيقنة، وما زاد عليها مشكوك، والمال لا يجب بالشك، وإذا كان كذلك كان موجب هذا العقد خمسة متى وجب الأجر بالتسليم بدون العمل، والمسمى بمقابلة كل منفع إن وجد استيفاء المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب

وبعضهم قالوا: إذا وجد التسليم ولم يوجد استيفاء المنفعة يجعل التسليم لهما،

إذ ليس أحدهما بأن يجعل التسليم له بأولى من الآخر، فيجعل النصف لهذا، والنصف للآخر، فيجب نصف أجر الحدادة ونصف أجر القصارة، ونصف أجر الحمل، ونصف أجر الركوب، وإن أوجب هكذا صار موجب هذه الإجارة نصف ونصف متى وجب الأجر بالتسليم بدون استيفاء المنفعة، وإن وجد استيفاء المنفعة يجب المسمى بمقابلة تلك المنفعة، ولكن ذلك معلوم حالة الوجوب.

١٣٦٥٢- قال في «الجامع الصغير»: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بنصف درهم، فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهم، فهو جائز، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة، كما في المسائل المتقدمة، وذكر الكرخي رحمه الله مثل هذه المسألة، وأجاب الجواب فيه تفصيلاً.

وصورة ما ذكر الكرخي رحمه الله عليه: إذا استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة، وإلى الكوفة بعشرة، فإن كان المسافة إلى القصر نصف المسافة إلى الكوفة، فالعقد جائز، وإن كان أقل أو أكثر فالعقد فاسد، وهذا لأن المسافة إلى القصر إذا كانت نصف المسافة إلى الكوفة فحال ما يصير الأجر معلوم، وهو خمسة إلى القصر، وإن كانت أقل من النصف أو أكثر، فحال ما يصير الأجر مجهول؛ لأنه إذا لم يجاوز القصر، فالأجر خمسة، وإن جاوز، فالأجر إلى القصر مقدار حصته، وذلك دون الخمسة أو فوقها، فكان الأجر مجهولاً لا حال سبب الوجوب، وهذا على أصل محمد؛ لأن عنده جهالة الأجر عند وجود سبب الوجوب يفسد العقد، فأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فالعقد جائز، والوجه ما ذكرنا.

وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في «المنتقى»: أن من استأجر من آخر دابة على أنه إن أتى عليها الكوفة فبعشرة، وإن أتى القصر وهو المنتصف فبخمسة فهو جائز، قال: وإن قال: وإن أتى القصر وهو المنتصف فبستة، لا يجوز، قال: لأنه إذا أتى القصر لا يدري ما عليه ستة أو خمسة.

١٣٦٥٣- كتب ابن أبي سماعة رحمه الله إلى محمد رحمه الله: في رجل استأجر رجلاً على عدل زطي وعدل مروي، وقال: احمل أي هذين العدلين شئت إلى منزلي

على أنك إن حملت الزُّطِّي، فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي، فلك أجر درهمين، فحمل الهروي والزطي جميعًا إلى منزله، فالإجارة جائزة، وأيهما حمل أول مرة فهو الذي لا قاه، والإجارة وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعًا، وهذا لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه، فإذا حمل أحدهما تعين هو معقودًا عليه، ووجب الإجارة بحمله، فيكون متطوعًا في حمل الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جملة فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله إن ضاعا، واعتبر كل واحد منهما معقودًا عليه من وجه دون وجه، فيتنصف الضمان فيه، ألا ترى كيف يتنصف الأجر بلا خلاف، وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان في كل واحد منهما، وهو القبض بغير إذن.

١٣٦٥٤ - وفي «نوادر هشام» رحمه الله عن محمد رحمه الله: إذا قال لغيره: إن حملت هذه الخشبة إلى موضع كذا، فلك درهم، وإن حملت هذه الخشبة الأخرى إلى ذلك الموضع، فلك درهمان، فحملهما جملة إلى ذلك الموضع، فله درهمان أوجب أكثر الأجرين بكماله، وأنه يخالف رواية ابن سماعة في الفصلين.

ولو قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا، فلك نصف درهم، فالشرط الأول صحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله، حتى إنه لو خاطه في اليوم الأول وجب له درهم، والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه في اليوم الثاني، يجب أجر المثل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشرطان جائزان حتى لو خاطه في اليوم الأول فله درهم، ولو خاطه في اليوم الثاني فله نصف درهم.

١٣٦٥٥ - وقال زفر رحمه الله: الشرطان باطلان، هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير»، وذكر في إجارات «الأصل»: إذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا ليخيط له قميصًا، وقال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم، وذكر الخلاف على نحو ما ذكر في «الجامع الصغير»، حكي عن الفقيه أبي القاسم الصفار رحمه الله: أنه قال: الصحيح موضوع ما ذكر في «الجامع الصغير»، أما على ما هو موضوع كتاب الإجارات ينبغي أن تفسد الإجارة في اليوم والغد جميعًا بلا خلاف،

ووجه ذلك أن هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد، ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد الإجارة.

بيانه أن قوله: وإن لم تفرغ منه اليوم ليس بإجارة على حدة؛ لأنه مما لم يبتدأ به الإجارة، فيكون شرطًا مشروطًا في الإجارة المضافة إلى اليوم، وأنه شرط فاسد؛ لأنه يوجب تغيير الأجر الواجب في اليوم إلى النقصان؛ لأنه متى خاط نصف الثوب في اليوم مثلاً يجب نصف الأجر قضية للعقد المضاف إلى اليوم. وإذا لم يخط الباقي في اليوم يصير أجر ذلك النصف ربعًا بعد أن كان نصفًا، فهو معنى قولنا هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد، بخلاف قوله: إن خطته اليوم، فلك درهم وإن خطته غدًا، فلك نصف درهم لأنهما إجارتان؛ لأن قوله. وإن خطته غدًا مما يبتدأ به الإجارة، ولم يشترط في إحداهما شرط فاسد، فعلم أن الصحيح موضوع ما ذكر في "الجامع الصغير".

فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبينما إذا قال له: إن خطته تركية أو قال رومية، فلك درهم، وإن خطته فارسية، فلك نصف درهم، فإن هناك يجوز الشرطان بلا خلاف.

والفرق: أن في مسألة اليوم والغد علقنا استحقاق نصف درهم بفوات العمل في اليوم، وبوجود العمل في الغد؛ لأن كلمة إن للشرط، وتعليق الأجرة بالعمل في الغد إن كان يصح؛ لأنه تعليق البدل بإيفاء المعقود عليه، فتعليقها بفوات العمل لا يصح كتعليقها بشرط آخر، فأما في اليوم استحقاق الأجرة معلق[1] بإيفاء المعقود عليه، وهذا لا يوجب فساد العقد، وفي التركي والفارسية ما علق الأجر بفوات شيء، ولا بوجوده، فإنه يقدر أن يشتغل للحال بأيّ عمل شاء، فيصير الأجر معلومًا. أما في مسألة اليوم والغد. لا يقدر أن يشتغل بالعمل في الغد إلا بفوت اليوم، وفوات العمل في اليوم، فيتعلق استحقاق نصف درهم بالشرط، فيفسد العقد، فيجب أجر المثل في اليوم الثاني، فإن خاطه في الغد، فله أجر مثله لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، فهذا يشير إلى أنه يجوز أن يزاد على نصف درهم، فهو رواية "الأصل" و"الجامع الصغير".

وروى ابن سماعة: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أن له أجر مثله، لا

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "متعلق" مكان "معلق".

يزاد على نصف درهم، فصار عن أبي حنيفة رحمه الله في المسألة روايتان، وصحح القدوري رواية ابن سماعة رحمه الله، ولو خاطه في اليوم الثالث، فله أجر مثله في قولهم جميعاً، واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله في ذلك، روى عنه أنه لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، وروى عنه رواية أخرى أنه لا يجاوز به نصف درهم، وينقص عن نصف درهم إن كان أجر مثله أقل من نصف درهم، واختلفت الروايات في ذلك عنهما أيضاً، قال القدوري رحمه الله في شرحه: والصحيح عندهما أنه ينقص من نصف درهم، ولا يزاد عليه.

١٣٦٥٦ - ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً، فلا أجر لك، قال محمد رحمه الله في "الإملاء": إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني، فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعاً؛ لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، وبقي التسمية[1] في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد، فكان في اليوم الثاني عقداً لا تسمية فيه، فيجب أجر المثل.

هذا الذي ذكرنا إذا جمع بين الأمرين، فأما إذا أفرد العقد على اليوم، بأن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، ولم يزد على هذا، فخاطه في الغد هل يستحق الأجر؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في شيء من الكتب، وكان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: إن على قولهما: يستحق أجر المثل متى خاط في الغد بلا شبهة وشك؛ لأن ذكر اليوم عندهم حالة الانفراد للاستعجال لا للتوقيت، ولهذا صحت هذه الإجارة عندهما حالة الانفراد على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

وإذا كان ذكر الوقت حالة الانفراد عندهما للاستعجال لا للتوقيت كان العقد ثابتاً في الغد على قولهما بلا شك، فيكون عاملاً بحكم الإجارة، فيستحق الأجر، إلا أنه يستحق أجر المثل دون المسمى؛ لأن المستأجر إنما شرط له الدرهم بإزاء خياطة معجلة في اليوم، وقد أتى بخياطة مؤجلة، والخياطة المؤجلة تنقص عن الخياطة المعجلة من حيث المعنى، فكأنه أتى بما أمر به في الغد، ولكن خالفه في صفة من أوصاف ما أمر به، ولو كان كذلك كان لصاحب الثوب أن يعطيه أجر المثل دون المسمى حتى يندفع ضرر النقصان

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: وبقي القسمة، وفي ب: وبقي التسمية... إلخ.

عن نفسه ، كذا هنا .

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلقائل أن يقول : بأنه لا أجر له متى عمل في الغد ؛ لأن أبا حنيفة رضي الله عنه يجعل ذكر اليوم للتوقيت حالة الانفراد ، حتى قال بفساد هذه الإجارة ؛ لأنه باعتبار التوقيت تكون الإجارة منعقدة على تسليم النفس في المدة ، وباعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل ، فيصير المعقود عليه مجهولاً .

وإذا ثبت هذا من مذهبه حالة الانفراد فنقول بأحد الاعتبارين ؛ وهو اعتبار العقد على العمل يجب الأجر إذا عمل في الغد ، وباعتبار الآخر وهو التأقيت لا يجب الأجر ؛ لأنه لم يبقَ العقد ، وأنه لم يكن واجباً ، فلا يجب بالشك والاحتمال .

ولقائل أن يقول : بأن عليه الأجر ؛ لأن العقد منعقد في اليوم ، أي الأمرين ما اعتبرنا إلا أن بأحد الاعتبارين يبقى في الغد ، وباعتبار الآخر لا يبقى ، والعقد كان ثابتاً ، فلا يرتفع بالشك ، وإذا بقي العقد كان عاملاً في الغد بحكم العقد ، إلا أنه يجب أجر المثل ؛ لأن العقد في الغد يبقى بوصف الفساد ؛ لأنه يبقى من وجه دون وجه ، ومثل هذا يوجب فساد العقد ، كما في بيع المعاوضة إذا هلك أحد البدلين فإنه يبقى العقد [له][1] ولكن بوصف الفساد كذا هنا ، فكأن المنافع في الغد مستوفاة بحكم عقد فاسد ، فيجب أجر المثل .

وما يتصل بهذا الفصل :

١٣٦٥٧ - إذا جمع في عقد الإجارة بين الوقت والعمل ، قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : رجل استأجر خبازاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيق هذا اليوم بدرهم ، فهو فاسد ، وفي إجارات "الأصل" : عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : أنه جائز ، هما يقولان : بتصحيح[2] العقود واجب ما أمكن ، وقد أمكن بأن يجعل العقد واقعاً على العمل ، وهو الخبز ، فيكون أجير مشترك ، وهذا لأن أوقع العقد على العمل

(١) هكذا في الأصل .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وم : تصحيح العقود واجب .

ابتداء.

وقوله: "اليوم وإن كان ذكر الوقت"[١] إلا أنه يحتمل أنه أراد به إيقاع العقد على المنفعة، فيكون أجير وحد، فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه، ويحتمل أنه قصد بذكر الوقت الاستعجال لا إيقاع العقد على المنفعة. فيبقى أجير مشترك، فيصح العقد، فيحمل ذكر اليوم على سبيل الاستعجال تصحيحاً للعقد بقدر الممكن، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: المعقود عليه مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.

بيانه: أن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنافع، إذ الوقت يختص بتقدير المنافع، وذكر العمل في الابتداء يدل على أن المعقود عليه العمل، والجمع بينهما غير ممكن؛ لأن العمل متى صار معقوداً عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل، ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب تسليم النفس، وأغراض الناس مختلفة، فجهل المعقود عليه. وأنه يوجب فساد العقد.

وقولهما: بأن ذكر الوقت للتعجيل فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون الغرض هو التعجيل، وقد يكون الغرض إيقاع العقد على المنفعة، فلا يترجح أحدهما مع المماثلة في الرغبة من غير دليل.

١٣٦٥٨- وفي إجارات "الأصل": إذا استأجر الرجل من آخر ثوراً ليطحن عليه كل يوم عشرين قفيزاً، فهذه الإجارة جائزة، ولم يذكر فيها خلافاً، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا الجواب يجب أن يكون قولهما. أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن تفسد الإجارة على قياس مسألة الخبز؛ لأنه جمع بين الوقت والعمل في المسألتين جميعاً، فكان المعقود عليه مجهولاً، ومنهم من قال: لا، بل هذه الإجارة جائزة على قول الكل. فهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين مسألة الخبز

والفرق هو أن ذكر مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يكون تعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقوداً عليه مع الوقت، فيوجب فساد الإجارة للجهالة، وإنما لبيان قوة الدابة، ومبلغ عملها، وإذا كان لهذا يذكر في العرف والعادة، بقيت

---

(١) وكان في الأصل: التوقيت.

الإجارة على الوقت، فتجوز عندهم جميعًا.

فأما في الخباز[1] مقدار العمل لا يذكر عرفًا وعادة لبيان قوة الخباز، ومبلغ عمله، وإنما يُذكر لتعليق العقد بالعمل، وصيرورته[2] معقودًا عليه، فيصير جامعًا بين الوقت والعمل، فيصير المعقود عليه مجهولا، فأوجب فساده حتى إن في مسألة الخباز لو كان يذكر مقدار العمل لبيان قوة الخباز، ومبلغ عمله يقول بجواز الإجارة على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي مسألة الطحن لو كان يُذكر مقدارًا لعمل لتعليق العقد به، نقول: بأنه لا تجوز الإجارة على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي "الأصل" أيضًا: لو شرط على الخباز[3] أن يخبز له هذه العشر المخاتيم دقيق، وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم، تجوز هذه الإجارة عندهم جميعًا، وإن ذكر الوقت والعمل، فأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى.

والفرق أن في مسألة الفراغ اليوم ما ذكر مقصودًا، وإنما ذكر لإثبات صفة في العمل، وهو الفراغ منه في اليوم، وصفة العمل تبع له، والعمل لا يصح معقودًا عليه مقصودًا، فكذا ما ذكر لأجله من اليوم لا يصح معقودًا عليه مقصودًا، فتعين العمل مقصودًا عليه، فجاز بمنزلة ما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز، فإن الكتابة والخبازة لا يجعل معقودًا عليه مقصودًا حتى لا يكون بإزاءها ثمن؛ لأنها ذكرت صفة للعبد، فكانت تبعًا، فكذا ههنا.

فأما في تلك المسألة اليوم إنما ذكر لإثبات صفة في العمل، فكان مذكورًا مقصودًا كالعمل، وقد أضيف العقد إليهما إضافة على السواء، وليس أحدهما[4] بأن يجعل مقصودًا عليه بأولى من الآخر، فيصير المعقود عليه مجهولا.

١٢٦٥٩- قال في "الأصل" أيضًا: وإذا دفع الرجل عبده إلى حائك يعلّمه

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "الخبز".

(٢) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "وبصيرورته".

(٣) وكان في جميع النسخ: "الخباز".

(٤) هكذا في بقية النسخ، وكان في الأصل: "وليس لأحدهما".

فعلم أن ما ذكره الكرخي ليس بصحيح. وأن في المسألة روايتين على قول أبي حنيفة رحمه الله، وقد قيل: الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله على الفساد، سواء ابتدأ بذكر المدة أو لم يذكر العمل إذا لم يتم العقد على المذكور أولا، بأن لم يذكر الأجر معه، فأما إذا تمّ العقد على المذكور أولا بأن ذكر الأجر معه، ثم ذكر الثاني لا يفسد العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، سواء ابتدأ بذكر العمل، أو لم يذكر المدة.

وصورة ذلك: إذا قال للخباز: استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي كذا، وقال: استأجرتك على أن تخبز لي كذا بدرهم اليوم، فهذه الإجارة جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله في الوجهين جميعًا.

١٢٦٦٢ - ولو قال: استأجرتك اليوم على أن تخبز لي كذا بدرهم، أو قال: استأجرتك على أن تخبز اليوم كذا بدرهم، فهذه الإجارة عند أبي حنيفة لا تجوز في الوجهين جميعًا، وهذا لأنه إذا لم يذكر الأجر مع الأول، وإنما ذكر الأجر بعد ذكرهما، فقد قابل الأجر بشيئين، كل واحد منهما يصلح معقودًا عليه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان المعقود عليه مجهولا، ففسد العقد عنده.

وأما إذا ذكر الأجر مع الأول، فقد تمّ العقد، وتعين[1] الأول مرادًا من العقد بتمام العقد، فالثاني لا يصلح من احتماله، ويكون ذكر الثاني إما لتعيين العمل، أو للتعجيل، فلا يفسد العقد عنده.

وروى محمد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قال في اليوم، يجوز كيف ما كان، بخلاف ما إذا قال: اليوم، وهذا لأن بقوله في اليوم يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال؛ لأن في للظرف، والمظروف قد يشغل جزءًا من الظرف لا جميعه، فلم يصلح ذكر اليوم مع حرف في لتقدير العمل به.

١٢٦٦٣ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا تقبل الرجل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى اثني عشر يوم بكذا، فلم يحمله في اثني عشر يومًا، بل حمله في أكثر من ذلك، قال: لا يلزمه الأجر، كمن استأجر رجلا على أن يخيط ثوبه في يومه بدرهم، فخاطه في الغد. وهذا الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة رحمه

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "وتعين" مكان "وتعيين".

الفقه غير مستقيم على قولهما؛ لأن من أصلهما أن العقد في مثل هذا يقع على العمل دون الوقت - والله أعلم بالصواب -.

الفصل السابع
في إجارة المستأجر

١٣٦٦٤ - قال محمد رحمه الله: وللمستأجر أن يؤاجر البيت المستأجر من غيره، فالأصل عندنا أن المستأجر يملك الإجارة فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وهذا لأن الأجرة لتمليك المنفعة، والمستأجر في حق المنفعة قام مقام الآجر، فكما صحت الإجارة من الآجر يصح من المستأجر أيضًا، فإن آجره بأكثر مما استأجر به من جنس ذلك، ولم يزد فيه في الدار شيئًا، ولا آجر معه شيئًا آخر من ماله مما يجوز عقد الإجارة عليه، لا تطيب له الزيادة عند علمائنا رحمهم الله، وعند الشافعي رحمه الله تطيب له الزيادة، حجته في ذلك أن هذا ربح ما قد ضمن، فيطيب له، كما في بيع العين، فإنه إذا اشترى شيئًا، فباعه بأكثر مما اشترى بعد القبض؛ فإنه يطيب له الربح؛ لأنه ربح ما قد ضمن، فكذا هنا.

بيانه: أن الضمان من حكم القبض، وقبض المستأجر الثاني بمنزلة قبض المستأجر الأول، ولهذا وجب الأجر على الأول، كما لو حدث المنافع في قبضه، وإذا ناب قبض الثاني عن قبض الأول، كانت المنافع حادثة في ضمان الأول، فيكون ربح ما قد ضمن من وجه، وربح ما لم يضمن من وجه، فيحل من وجه، ولا يحل من وجه، فيرجح جانب الحرمة احتياطًا.

بيانه: أن قبض الثاني قبض الأول حكمًا، فإن الأجرة تجب عليه، وليس بقبض الأول حقيقة، فإن المنافع لم تحدث في يد الأول حقيقة، فالقبض وجد من وجه، ولم يوجد من وجه، والضمان حكم القبض، فيكون ثابتًا من وجه، غير ثابت من وجه.

ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدًا قيمته ألف درهم بألف درهم، فقتل قبل القبض خطأ، فاختار المشتري اتباع القاتل، وأخذ منه ألفي درهم، فإنه يتصدق بألف درهم؛ لأنه ربح ما لم يضمن من وجه، وربح ما قد ضمن من وجه؛ لأن القبض وجد من حيث الحكم لما اختار اتباع القاتل، ولهذا تأكد عليه الثمن، كما لو قبض بنفسه، ولكن

بسبب هذا الفعل لزراعته، لكن ما لم يزد من عنده شيئاً، بل نقص لم يوجب ذلك طيبة الزيادة، كذا هنا.

١٣٦٦٥- وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله: إذا استأجر الرجل بيتين صفقة واحدة، وزاد في أحدهما شيئاً، وفي بعض النسخ: وأصلح من أحدهما شيئاً له أن يؤاجرهما بأكثر مما استأجرهما، ولو كانت الصفقة متفرقة ليس له أن يؤاجرهما بأكثر مما استأجرهما.

١٣٦٦٦- وإذا آجر المستأجر الدار من آجره، لا يجوز؛ لأنه لو جاز يصير الشخص الواحد مملكاً ومتملكاً في شيء واحد، بيانه: أن المنافع إنما تصير مملوكة للمستأجر على حسب حدوثها، والعقد في حق ذلك يتجدد انعقاده على حسب حدوث المنافع، فيصير المستأجر من الآجر متملكاً ومملكاً لكل منفعة تحدث في تلك الحالة، وهذا مما لا وجه له، ولا سبيل إليه، فهل تنفسخ الإجارة الأولى بهذه الإجارة الثانية مع أن الثانية لم تصح؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، بعضهم قالوا: تنفسخ. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا غلط؛ لأن الثاني فاسد، والأول صحيح، والفاسد لا يقدر على رفع الصحيح، وعامتهم على أنه لا تنفسخ الأولى بالثانية، ولكن إذا قبض الآجر الأول المستأجر عن المستأجر الأول، حتى انتهت مدة الإجارة الأولى، تنتهي الإجارة الأولى؛ لأن الثانية فاسخة لها، ولكن لأن المنافع تحدث ساعة فساعة، وعلى حسب الحدوث يقع التسليم إلى المستأجر، فإذا استأجرها الآجر من المستأجر ثبت، واسترداده منه، فذلك يمنع من تسليم ما يحدث إلى المستأجر، فإذا دام على ذلك حتى انتهت المدة، فقد انتهت المدة من غير تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه، فتنفسخ الإجارة الأولى ضرورة، حتى إنه لو مضى بعض المدة لو استرد المستأجر الأول المستأجر من الآجر الأول، وأراد أن يسكنه بقية الشهر، له ذلك؛ لأن العقد الأول إنما ينفسخ في قدر ما تلف من المنفعة، وبقدر ما بقي من المنفعة هو على حاله.

وكذلك على هذا حكم الأجرة إذا أخذ الآجر الأول المستأجر من المستأجر الأول بحكم هذه الإجارة، ودام على ذلك حتى انتهت المدة، فلا أجر على المستأجر الأول، وإن لم يقبضه منه فعلى المستأجر الأول الأجر.

١٣٦٦٧ - قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: ذكر في كتاب المزارعة: إذا دفع أرضه مزارعة، ثم إن رب الأرض أخذها مزارعة من المزارع، فالمزارعة الثانية باطلة، والأولى على حالها، كذا في الإجارة.

١٣٦٦٨ - ولو أن المستأجر أعار المستأجر من المالك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ رحمهم الله.

١٣٦٦٩ - وفي "المنتقى" إبراهيم عند محمد رحمهما الله: رجل استأجر دارًا من رجل، ثم إن المستأجر آجرها من صاحبها، أو أعارها منه، فذلك نقض للإجارة الأولى، ولو استأجر أرضًا، ثم دفعها إلى صاحبها مزارعة إن كان البذر من قبل رب الأرض لم يجز، وعليه مناقضة، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز، أما الكلام في فصل الإجارة والإعارة بناء على أنه لا جواز للإجارة الثانية والعارية إلا بعد فسخ الإجارة الأولى، فيتضمن إقدامه على العقد الثاني فسخًا للأولى.

وأما الكلام في المزارعة فلأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض فهو مستأجر الأرض، فتتضمن إقدامه عليه فسخًا للإجارة الأولى.

وذكر ابن رستم في "نوادره" عن محمد: أنه لا يجوز دفع الأرض المستأجرة مزارعة إلى رب الأرض، سواء كان البذر من جهة رب الأرض أو من جهة المستأجر، ولو استأجر رب الأرض بالدراهم ليعمل في الأرض جاز.

١٣٦٧٠ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمهما الله: رجل استأجر من آخر دارًا، أو أرضًا، زاد المستأجر فيها بناء، ثم آجرها من الآجر، أو أعارها منه، كان هذا نقضًا للإجارة الأولى، قال في فصل الإجارة في "نوادر ابن سماعة": وعلى رب الدار حصة بناء المستأجر من الأجر، قال الحاكم الشهيد رحمه الله: وهذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء وحده.

١٣٦٧١ - وفي "فتاوى الفضلي": استأجر من رجل دارًا إجارة طويلة، ثم آجرها من الآجر مشاهرة، لا تصح الإجارة الثانية، وما أخذه المستأجر الأول من الأجر الأول، فهو محسوب من رأس المال، والإجارة الأولى تنتقض في الشهر الأول من الإجارة الثانية.

صورته : دفع المستأجر إلى الآجر مثلاً ديناراً، فلما استأجر الآجر من المستأجر مشاهرة دفع الآجر إلى المستأجر أجرة شهر مثلا ديناراً، فذلك الدينار يحسب مثل المائة، فأما فيما بعد الشهر الأول شك الفضلي رحمه الله في انتقاضها ؛ لأن الإجارة الثانية وقعت على شهر واحد، ثم قال : كلما دخل شهر بعد شهر يجب أن ينتقض[1] الأولى ؛ لأنه كلما دخل شهر انعقدت الإجارة الثانية، وهكذا قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله، وجعله نظير ما لو باع ثم باع، فإن الثاني يفسخ الأول، كذا ههنا، فقيل لركن الإسلام : هذا ليس نظير ما لو باع ثم باع ؛ لأن هناك كل واحد من البيعين صحيح، فجاز أن يفسخ الأول بالثاني، وهنا الإجارة الثانية فاسدة، فكيف تفسخ الأولى بالثانية، فأشار ركن الإسلام إلى أنه يجوز أن يقع العقد فاسداً، ويوجب انتقاض عقد وقع صحيحاً.

فقال : ألا ترى أن المشتري إذا باع المشترى قبل القبض من بائعه، فهذا العقد لا يصح، ويوجب انتقاض العقد الأول على ما رواه خالد بن صبيح عن أبي يوسف رحمه الله، ورواية خالد بن صبيح مخالف لظاهر الرواية، فإن في ظاهر الرواية : لا ينتقض البيع الأول بهذا البيع.

وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على أن المستأجر يملك الإجارة من المالك، وصورتها : الموصى له بغلة عبد بعينه إذا آجر العبد من أجنبي أو وارث الموصي أنه يجوز، ووجه الدلالة أن الوارث قائم مقام المورث، وحال الموصى له بالغلة كحال المستأجر، وإذا آجر المستأجر المستأجر من رجل، ثم إن المستأجر الثاني أجره من المالك، كان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله يحكي عن استاذه : أنه يجوز، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في "المنتقى" عن محمد رحمه الله.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ذكر ابن سماعة في "نوادره" : عن محمد رحمه الله : أن الإجارة من المالك لا يجوز ؛ سواء كان المستأجر الأول آجر بنفسه أو آجر مستأجره، قال رحمه الله : وعليه عامة المشايخ رحمهم الله.

١٣٦٧٦ - الغاصب إذا آجر المغصوب من غيره، ثم إن المستأجر من الغاصب آجره

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل : "يجب نقض الأولى".

من الغاصب، وأخذ منه الأجرة، كان للغاصب أن يسترد منه ما دفع إليه من الأجرة لوجهين. أحدهما: أن إجارة المستأجر من الغاصب جعل رداً للمغصوب، كما جعل بيع المشتري شراء فاسداً من بائعه رداً للمشتري، الثاني: إن إجارة الغاصب انعقد، فيصير المستأجر من الغاصب أجيراً من آجره، وأنه لا يجوز لفقه الذي رويناه.

وعلى هذا المستأجر من الثالث إذا آجر من غيره، ثم إن المستأجر الثاني آجره من المستأجر الأول لا يصح، وطريقه ما قلنا

١٣٦٧٣ - إذا استأجر كرماً، ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى الآجر معاملة، فهذا على وجهين: إن كان الثالث في الإجارة باع الأشجار - كما هو أحد الطريقين - جاز، وإن كان دفع الأشجار معاملة - كما هو الطريق الآخر - لا يجوز، وإذا استأجر إجارة فاسدة، فآجر المستأجر من غيره إجارة صحيحة جاز، وإليه أشار في إجارات الفقيه أبي الليث.

ومن المشايخ من قال: لا يجوز، واستخرج الرواية من مسألة ذكره في كتب الإجارات في باب إجارة الدور

١٣٦٧٤ - رجل دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمّها ولا أجر لها، فآجرها هذا المستأجر من رجل، وانهدم من سكنى الثاني، ضمن بالاتفاق؛ لأنه صار غاصباً، فهذا إشارة إلى أن الإجارة الثانية لم تصح، ألا ترى أنه أوجب الضمان على الثاني، ألا ترى أنه سماه غاصباً، وعامة المشايخ رحمهم الله على أنه يملك، قالوا: وما ذكره في كتاب الإجارات ليس برواية في هذه المسألة؛ لأن ذلك ليس بإجارة، بل هو عارية، وهذا لأنه لم يذكر المرمة على سبيل الشرط؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط، إنما ذكر على سبيل المشورة إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، فكان الأول مستعيراً لا مستأجراً، والمستعير لا يملك أن يؤاجر ونظير مسألتنا من تلك المسألة أن لو ذكر المرمة على سبيل الشرط.

ولو كان هكذا حتى كان العقد الأول إجارة فاسدة، لا يجب الضمان على الثاني، وتصح الإجارة من الثاني، وهذا لأن المستأجر إجارة فاسدة ملك المنفعة بقبض المستأجر، فيملك تمليكه من غيره ملكاً صحيحاً، كالمشتري شراء فاسداً ملك التمليك من غيره

ثم على قول من يقول: بأن المستأجر إجارة فاسدة يملك أن يؤاجر من غيره إجارة

صحيحة، وإذا أجر كان للأول أن ينقض الثاني، كما إذا اشترى شيئًا شراءً فاسدًا، وآجره من غيره إجارة جائزة، بخلاف ما إذا اشترى شراءً فاسدًا، وباعه من غيره بيعًا صحيحًا.

والفرق أن الإجارة تفسخ بالأعذار فيرتفع بما تبيع مما لا يصح بالأعذار. المستأجر إذا آجر من غيره، أو دفع إلى غيره مزارعة، ثم إن المستأجر الأول فسخ العقد الأول، هل ينفسخ العقد الثاني؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، والصحيح أنه ينفسخ، اتحدت المدة أو اختلفت؛ لأن فسخ الأول دلالة فسخ الثاني، وهو يملك فسخ الثاني، اتحدت المدة أو اختلفت، وأما إذا اختلفت فلأنه لما فسخ الإجارة الأولى تبين أن المستأجر فضولي في الإجارة من الثاني في هذه المدة، وهو المدة بعد فسخ الأولى، والفضولي في المعاوضات المالية يملك الفسخ قبل الإجازة.

١٣٦٧٥ - وفي فتاوى الفضلي: استأجر الرجل من غيره موضعًا إجارة طويلة، ثم إن المستأجر أجره من عبد الآجر، فإن كان بغير إذن مولى العبد ثم يحتسب على المستأجر ما أخذ من العبد من رأس ماله؛ لأنه ليس للعبد أن يفسخ الإجارة بغير إذن المولى، وأما إذا كان العبد استأجره بإذن المولى، فقد توقف الشيخ الإمام فيه، والصحيح أن يقال: استئجار العبد بإذن المولى كاستئجار المولى بنفسه، وقد مر الكلام فيه من قبل.

١٣٦٧٦ - وفي فتاوى أبي الليث: رجل آجر داره من رجل كل شهر بدرهم، ثم باعها من آخر، وكان المشتري يأخذ أجرة الدار من هذا المستأجر، وأتى على ذلك زمان، وقد كان وعد المشتري البائع أنه إن رد الثمن عليه رد عليه داره، ويحتسب له ما قبض من المستأجر، ثم جاء البائع بالدراهم، وأراد أن يحتسب الأجر من ذلك. قال: ما قبض المشتري الأجر من المستأجر كان ذلك إجارة منه، وصار بمنزلة إجارة مستقبلة، وجميع ما أخذ من الأجر للمشتري، وليس للبائع من الأجر لا قليل ولا كثير؛ لأن الأجر وجب بعقد المشتري على ما ذكرنا، والمواضعة[1] المشتري معي: ذا الدار، إن كان بعد تمام البيع بغير شرط فحسن، وإلا فلا شيء عليه.

وإن كان الشرط في البيع، فالبيع فاسد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد. الآجر إذا آجر المستأجر من رجل آخر لا تنعقد الإجارة الثانية في حق الآجر حتى لم يسقط حق

(١) هكذا في الأصل، ولم يرد في ظ: والمواضعة

الفصل الثامن

في انعقاد الإجارة بغير لفظ

وفي الحكم ببقاء الإجارة أو انعقاده مع وجود ما ينافيها

١٣٦٧٧ - وإذا استأجر الرجل من آخر داراً شهراً، فسكنها شهرين، فعليه أجر الشهر الأول، وليس عليه في الشهر الثاني أجر؛ لأنه سكن في الشهر الثاني من غير إجارة من المالك، فكان غاصباً. هكذا ذكر في عامة روايات كتاب الإجارة، وذكر في بعض الروايات: أنه يجب عليه الأجر في الشهر الثاني أيضاً. قال مشايخنا: ما ذكر في عامة الروايات محمول على ما إذا لم يكن الدار معدة للاستغلال؛ لأنها إذا لم تكن معدة للاستغلال لا تثبت الإجارة في الشهر الثاني، لا نصاً ولا عرفاً، وما ذكر في بعض الروايات محمول على ما إذا كانت الدار معدة للاستغلال، فالعقد في الشهر الثاني، إذا لم يثبت نصاً، فقد ثبت عرفاً، والثابت عرفاً كالثابت نصاً.

١٣٦٧٨ - وعن هذا قلنا: إذا سكن الرجل في دار رجل ابتداء من غير عقد، فإن كان الدار معدة للاستغلال يجب الأجر، وإن لم تكن معدة للاستغلال، لا يجب الأجر إلا إذا تقاضاه صاحب الدار بالأجر، وسكن بعد ما تقاضاه؛ لأن سكناه حينئذ يكون رضا بالأجر. قالوا: وفي المعدة للاستغلال إنما يجب الأجر على الساكن إذا سكن على وجه الإجارة، عرف ذلك من طريق الدلالة، أما إذا سكن بتأويل عقد، أو تأويل ملك، كبيت أو حانوت بين رجلين، سكن أحدهما فيه لا يجب الأجر على الساكن، وإن كان ذلك معداً للاستغلال.

١٣٦٧٩ - وذكر محمد رحمه الله في باب إجارة الحمام: إذا استأجر حماماً ليعمل فيه شهراً، فعمل فيه شهرين، فلا أجر عليه في الثاني، لأنه لا عقد في الشهر الثاني. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله هذه المسألة دليل على أن في مسألة الدار لا يجب الأجر بدون العقد، وإن كانت الدار معدة للاستغلال، ألا ترى أنه لم يوجب في الحمام أجر الشهر الثاني، وإن كان الحمام معداً للاستغلال والكراء.

قال شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده رحمه الله: الجواب في الحمام كالجواب في الدار، وما ذكر في الحمام محمول على ما إذا لم يكن الحمام معدًا للكراء، والإنسان قد يبني الحمام للكراء، وقد يبني لحاجة نفسه، ثم يؤاجره شهرًا بعد شهر أخرى، وعلى هذا الاعتبار لا تكون مسألة الحمام مخالفة لمسألة الدار.

١٣٦٨٠- وفي الفتاوى: خان نزل فيه رجل، يكون نزوله بأجر، ولا يصدق أنه سكن بغير أجر، وهذا بيان على أن الخان إذا كان معدًا للكراء، فسكناه يكون رضا بأجر، وبه كان يفتي محمد بن سلمة وأبو نصر بن سلام والفقيه أبو بكر والفقيه أبو الليث، وكان نصير رحمه الله يقول: لا يجب الأجر بنزوله إلا أن يتقاضاه قيم صاحب الخان، فإذا تقاضاه وأجابه، ولم يخرج الآن، يجب الأجر، ولكن من حين نزل؛ لأن إجابته بعد التقاضي دليل على أن سكناه كان بأجر.

وبعض مشايخ زماننا قالوا: الفتوى على لزوم الأجر؛ لأن الظاهر السكنى بأجر، فيجب اعتبار هذا الظاهر إلا إذا عرف بخلافه، بأن صرح بأنه نزل بطريق الغصب، أو كان الساكن معروفًا بالظلم والغصب مشهورًا بالنزول في مساكن الناس، لا بطريق الإجارة، فحينئذ لا يجب الأجر.

وذكر بعد هذا ما يؤيد هذا القول، فقال: رجل له حوانيت مستغلة، جاء إنسان وسكن في واحد منها، يلزمه أجر المثل، ولو قال: كنت غاصبًا لا يصدق؛ لأنه ادعى بخلاف الظاهر، فهو كمن دخل الحمام من غير أن يصرح له صاحب الحمام بالإذن، ولو قال: دخلت على وجه الغصب لا يصدق.

وفي الفتاوى أيضًا: مقصرة يعمل فيها القصارون ويدخل فيها أصحابها، يؤاجرونها منهم، جاء قصار، وعمل فيها، ولم يشترط صاحب الأحجار بشيء، فإن لم يكن المعروف عندهم أن من شاء عمل عليها، وأدى الأجر، فلا أجر عليه إذا عمل بغير إذن رب الأحجار؛ لأنه لم يوجد العقد لا صريحًا ولا دلالة، وإن كان المعروف عندهم أن من شاء عمل عليها، وأدى الأجر، فعليه الأجر؛ لأن المعروف كالمشروط، ثم إن كان لهذا الحجر أجرة معروفة فيما بينهم، يجب ذلك، وإلا يجب أجر المثل.

١٣٦٨١- وفي الملتقط: عن محمد رحمه الله في صاحب الدار إذا قال

للغاصب: هذه داري، فاخرج منها، فإن تركتها[1] فهي عليك بكذا، فجحدها الغاصب، ثم أقام المالك عليه البينة بعد أشهر، فلا أجر؛ لأن النازل لم يزل جاحدًا، ومع الجحود لا يمكن القول بانعقاد الإجارة، ولو كان مقرًا بالدار للمدعي، والباقي بحاله كان سكناه رضا بالإجارة، ويجب الأجر؛ لأن المالك أجر منه إجارة مضافة، وهو قد قبلها دلالة.

١٣٦٨٢- وفيه أيضًا: اكترى دارًا سنة بألف درهم، فلما انقضت السنة، قال رب الدار: فرغها اليوم، وإلا فهي عليك كل شهر بألف درهم، فإنا يجعل في قدر ما يتقل متاعه بأجر المثل، فإن فرغها إلى ذلك الوقت، وإلا جعلناها بعد ذلك بما قال المالك؛ لأنه قبل ذلك دلالة.

١٣٦٨٣- وفي إجارات "النوازل": رجل استأجر حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم مثلا، فلما مضى شهران، قال له صاحب الحانوت: إن رضيت كل شهر بخمسة دراهم وإلا فأفرغ الحانوت، فلم يفرغ بل سكن فيه، فعليه بكل شهر خمسة، وسكناه رضا بما قال صاحب الحانوت، ولو قال المستأجر: لا أرضى بخمسة، وسكنها، لا يجب عليه الأجر الأول.

وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا قال لغيره: بكم تؤاجر هذه الغرارة شهرًا؟ فقال: بدرهمين، فقال المستأجر: لا، بل بدرهم، وقبضه، ومضى الشهر، يجب أجر المثل، لا يزاد على درهمين، ولا ينقص من درهم، والصحيح أنه يجب درهم؛ لما ذكرنا.

١٣٦٨٤- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": ومن رعى غنم إنسان إذا قال الراعي لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطيني كل يوم درهمًا، فلم يقل صاحب الغنم: شيئًا، وترك غنمه معه، لزمه لكل يوم درهم، وترك صاحب الغنم غنمه عنده رضا منه بما قاله الراعي.

١٣٦٨٥- وفيه أيضًا: رجل استأجر أجيرًا ليحفظ نهره كل شهر بكذا، ثم مات المستأجر، فقال الوصي للأجير: اعمل عملك على ما كنت تعمل، فأنا لا أبخس عنك الأجر، فأتى على ذلك أيام، ثم باع الوصي الضيعة، فقال المشتري للأجير: اعمل

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في "ظ": نزلتها مكان تركتها.

عملك فإنا لا نحبس عنك الأجر، فمقدار ما عمل الأجير في حياة الأول يجب للأجير في تركته، ومن حين قال له الوصي: امض في عملك يجب على الوصي، ومن حين قال له المشتري: اعمل عملك يجب على المشتري، إلا أن الواجب في تركة الميت المسمى لوجود التسمية منه، والواجب على الوصي وعلى المشتري أجر المثل.

قال الفقيه: إنما يجب أجر المثل إذا لم يعلما مقدار المشروط من الميت، أما إذا علما ذلك، وأمراه أن يعمل على ذلك الشرط، فيجب المسمى.

١٣٦٨٦- وفيه أيضًا: رجل استأجر من رجل حمارًا بعشرة بعضها جياد، وبعضها زيوف، فقال المكاري في الطريق: أنا أطلب الكل جيادًا، فقال المستأجر بالفارسية: چنان كنم كه تو خواهى، فههنا يعذر منه، ولا يلزمه بذلك شيء، وقيل: لو استزاد في الأجر، فأجاب بذلك.

١٣٦٨٧- قال في الأصل(١): وإذا استأجر دابة إلى مكان مسمى، فمات صاحب الدابة في وسط الطريق، كان للمستكري أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر، فإذا وصل إلى ذلك المكان، يرفع الأمر إلى القاضي، وفي هذا الفصل إشكال؛ لأن المكاري مؤاجر، وموت المؤاجر يوجب انتقاض الإجارة، وإنما لا تنتقض الإجارة لأن هذا حالة العذر، والإجارة تنعقد ابتداء بالعذر، فإن من استأجر سفينة شهرًا، فمضت المدة والمستأجر في وسط البحر، فإنه تنعقد بينهما إجارة مبتدأة، فلأن يبقى حالة العذر كان أولى.

وبيان العذر: أنه يخاف على نفسه وماله؛ لأنه لا يجد دابة أخرى، وفي وسط المفازة، ولا يكون ثمة قاض حتى يرفع الأمر إليه، فيؤاجر الدابة منه ثانيًا، حتى قال مشايخنا رحمهم الله: لو وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليه متاعه، تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي العقد، وهو موت الآجر؛ لأنه لا يمكنه المراجعة إلى القاضي حتى يؤاجر الدابة منه، ثم على هذا لا فائدة في الشرط، وإليه أشار في الأصل، فإنه قال في غير هذه المسألة: فإذا وصل ذلك المكان رفع الأمر إلى القاضي، فقد أخّر الأمر بالدفع إلى أن يصير إلى ذلك المكان، ولو كان الموت في موضع فيه

(١) هكذا في الأصل، وكذا في م، وفي ز: مكان تركته.

السفينة كل يوم بكذا ، أو بأجر واحد من أي مدة ووقتها ، فإن أبى الآجر بعد ذلك أن يعطيه السفينة ، أو الزق ، استعمل المستأجر بأجرته ورفقائه حتى يترك السفينة والزق عليه إلى أن يجد سفينة أخرى ، أو زقًا آخر .

وإنما احتيج إلى إنشاء العقد في هذه الصورة ؛ لأن وضع المسألة أن صاحب السفينة أو صاحب الزق أبى الإجارة صريحًا ، ومع إباء ذلك صريحًا لا يمكن إثبات العقد دلالة ، فلا بد من إنشائه صريحًا ، وبهذه المسألة تبين أن من سكن دار غيره لا يجب الأجر إذا كان صاحب الدار يأبى ذلك ، وإن كانت الدار معدة للاستغلال ، إلا إذا استأجر الساكن نفسه ، فيقول : استأجرت كل شهر بكذا ، ثم قال : ليس في مسألة السفينة والزق اختلاف الروايتين ، ما ذكر في السير : محمول على ما إذا حضر الإمام ، وما ذكر في نوادر ابن سماعة رحمه الله : محمول على ما إذا غاب الإمام .

١٣٦٨٨ - وفي الأصل : إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة قلعت ، ولو انقضت مدة الإجارة ، وفي الأرض زرع لم يدرك يترك في يده إلى أن يستحصد بأجر المثل .

ولو مات الآجر والمستأجر في وسط المدة ، وفي الأرض زرع ، يترك الأرض في يد المستأجر أو ورثته بالأجر المسمى .

وفي المنتقى : إذا انقضت الإجارة وفي الأرض رطاب ، تركت فيها بأجر مثلها حتى يجز ، وهو على أول جزة يدرك انقضاء الإجارة .

١٣٦٨٩ - وقال في الموت : إذا مات المؤجر ، وفي الأرض رطاب ، تركت بالمسمى حتى يجز ؛ لأن للجزة الأولى غاية معلومة ، فصارت الرطبة نظير الزرع ، وإنما اعتبرنا الجزة الأولى ؛ لأن طريق الترك إما إبقاء ذلك العقد في الفصلين ، كما ذهب إليه بعض المشايخ رحمهم الله ؛ لأن القول بالانفساخ والتجديد من ساعته في صورة العبث ، وحاشا للشرع عن ذلك ، وإنما تجديد العقد فيها ؛ لأن حكم البقاء في هذا الباب يخالف حكم الابتداء ؛ لأن العقد الأول إذا بقي يبقى المسمى ، وإذا جدد العقد يجب أجر المثل ، وإذا اختلف الحكم ، لا يكون عبثًا أو يبقى العقد في الفصل الثاني ، وتجديده في الفصل الأول ؛ لأن الحاجة في الفصل الأول إلى الابتداء ، وفي الفصل الثاني إلى البقاء ، وأما

ما كان فهو ضروري، والثابت بالضرورة لا يراعى فيه النهاية، فيقع على الجزء الأولى لهذا.

١٣٦٩٠ - ومن هذا الجنس: إذا استأجر من آخر زقاقًا، وجعل فيها خلًا، ثم انقضت الإجارة في صحراء، جعل عليه بأجر مثله إلى موضع يجد فيه زقاقًا، ولو ماتت قبل مضي المدة، لا يجعل عليه بأجر مثلها، لكنها يترك على الإجارة الأولى.

وروى إبراهيم عن محمد رحمهما الله: في رجل استأجر أرضًا سنة، وزرعها، ثم اشتراها المستأجر ورجل آخر حتى انقضت الإجارة، يترك الزرع في الأرض حتى يستحصد، ويكون للشريك على صاحب الزرع أجر مثل نصف الأرض.

١٣٦٩١ - وفي «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله: إذا انقضت مدة الإجارة والزرع بقل، فلم يختصموا فيه حتى استحصد، فله من الأجر بحساب ذلك، ولا يتصدق رب الزرع بالفضل، وإن انقضت مدة الإجارة ولم يخرج الزرع، بطلت الإجارة، وردت الأرض على صاحبها، فإن خرج بعد ذلك، ردت إلى صاحب البذر، فيكون له الزرع، وعليه أجر مثل الأرض، وكذلك لو لم يختصموا حتى يستحصد.

١٣٦٩٢ - وفي «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله: إذا استأجر أرضًا وغرس فيها أشجارًا، ثم انقضى الوقت، فعلى الآجر قيمة الأشجار مقلوعة؛ لأن حق المستأجر الأشجار مقلوعة؛ لأن لرب الأرض قلع أشجاره إلا أن يمنع عن ذلك دفعًا للضرر عن المغروس. هكذا ذكر هنا، والصحيح أنه إذا انقضت المدة، فلرب الأرض أن يطالب المستأجر بتفريغ أرضه إذا كان فيها غرس، بخلاف ما إذا كان فيها زرع، يترك؛ لأن لإدراك الزرع نهاية، ولا كذلك الغرس، وليس لرب الأرض أن يتملك الأشجار على الغارس ما لم يكن في قلعها ضرر فاحش بالأرض.

وفيه أيضًا: استأجر من آخر بيتًا، ووضع فيه حباب خل، فانقضت مدة الإجارة، والمستأجر يأبى تفريغ الحانوت، فإن كان الخل بلغ مبلغًا لا يفسد بالتحويل، بل[1] يؤمر بالتحويل، وإن كان يفسد، لا يؤمر بالتحويل، ويقال للمستأجر: إن شئت فرغ الحانوت،

---

(١) هكذا في ظ، وحرف «بل» غير موجود في الأصل وغيره.

وإن شئت فاستأجره منه إلى وقت إدراكه.

والمراد من قوله: استأجره منه احكم بأجر المثل عليه لا الاستئجار ابتداء ببدل مسمى؛ لأن هذا بمنزلة مدة نقل المتاع وتفريغ الدار، وهناك يجب أجر المثل دون الإجارة ابتداء، ولو مات الآجر والمستأجر قبل انقضاء المدة ولم يتيسر التفريغ يجب المسمى استحسانًا، والقياس أن يجب أجر المثل، كما بعد انقضاء المدة.

١٣٦٩٣- وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب، فلم يرد المستأجر الدار، بل سكن فيها سنة، ثم حضر رب الدار لا يلزمه الأجرة بعد انقضاء المدة؛ لأنه سكنها بلا عقد.

١٣٦٩٤- ولو مات المؤاجر، فسكنها المستأجر، اختلف المشايخ فيه رحمهم الله، منهم من قال: يجب الأجر؛ لأنه سكن على الإجارة، ولم يسكن بغصب، ومنهم من قال: هو غاصب في الشهر الأول بعد الموت؛ لأن الإجارة تثبت صريحًا أو دلالة، وقد عدم الأمران، ويلزمه الأجر في الشهر الثاني إذا طلب صاحب الدار الأجر. وقيل: إذا سكن بعد الموت أو بعد انقضاء المدة، فلا أجر عليه قبل الطلب، وإذا سكن بعد الطلب، فعليه الأجر لما سكن بعد الطلب، سواء كان في الشهر الأول، أو في الشهر الثاني، ومن القائل يقول: لا فرق في هذا بين الدار المعدة للإجارة وغير المعدة للإجارة، وإنما ذلك في ابتداء السكنى على ما مر، والأصح أنه يلزمه الأجر إذا كانت الدار معدة للاستغلال على كل حال.

١٣٦٩٥- وفي الأصل عن محمد رحمه الله: رجل استأجر أرضًا بدراهم معلومة سنة، فزرعها، ثم مات المؤاجر قبل أن يستحصد الزرع، واختار المستأجر المضي على الإجارة حتى يستحصد الزرع، وبالأجر كفيل، قال: لا يبرأ الكفيل من أجر ما بقي إلى أن يستحصد الزرع، وكذلك لو لم يمت الآجر، ولكنه مات المستأجر، واختار ورثته ترك الزرع في الأرض حتى يستحصد، لم يبرأ الكفيل من الكفالة، فإن قال المؤاجر: لا أرضى إلا أن يكون الأجر على ورثة الميت؛ لأن مال الميت لا يفي بالأجر، ليس له ذلك؛ لأنها تركت على الإجارة الأولى، والأجر في الإجارة الأولى في مال الميت، وفى بالأجر أو لم يف.

ولو انقضت السنة[١] ثم مات المستأجر، والزرع بقل، واختار ورثته ترك الزرع بأجر المثل، فالأجر عليهم في مالهم دون مال الميت. والله أعلم بالصواب.

(١) هكذا في ظ، م، وفي الأصل: المدة

الفصل التاسع
فيما يكون الأجير مسلِّمًا مع الفراغ منه، وما لا يكون

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل استأجر رجلاً ليخبز له الخبز، فلما أخرج الخبز من التنور احترق من غير عمله، فلا ضمان عليه، وله الأجر، وهذا إذا كان الخباز يخبز في بيت المستأجر. وهذا لأنه لما أخرج الخبز من التنور، فقد تم العمل؛ لأن عمله جعل الدقيق خبزًا، ومتى أخرجه من التنور صار منتفعًا به انتفاع الخبز، فتم عمله، وصار مسلمًا لقيام يد المستأجر على الخبز؛ لأن الخبز في بيته والبيت في يده، فيثبت يده على الخبز ضرورة ثبوت يده على البيت، وإذا صار مسلمًا إليه، وجب الأجر، فإذا هلك بعد ذلك، فقد هلك بعد ما صار مسلمًا إلى المستأجر، فلهذا قال: فله الأجر، ولا ضمان عليه، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم.

وذكر القدوري في «شرحه» في هذه المسألة: أن عدم الضمان على قولهما؛ لأن العين مضمون على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته، ثم على ما ذكره القدوري إذا وجب الضمان عندهما، كان لصاحب الدقيق الخيار، إن شاء ضمنه دقيقًا مثل دقيقه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزًا، أو أعطاه الأجر.

قال القدوري رحمه الله في «شرحه»: ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهم؛ لأن ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه، وحالة ما وجب الضمان، فهو رماد لا قيمة له، وإن لم يخرج الخبز من التنور حتى احترق، فلا أجر له؛ لأنه لم يتم عمله، وإنما عمل غير منتفع به، فصار كأنه لم يوجد أصلاً، فلهذا لم يجب الأجر.

١٣٦٩٦ - وفي «القدوري»: إذا استأجر رجلاً ليبني له بناء في داره، أو فيما هو في يده، أو يحفر له بئرًا، أو قناة في داره، أو يعمل له عملاً، ولم يفرغ من عمله حتى انهدم البناء، وانهارت البئر، فله من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن العمل بقدر ما عمل وقع

مسلمًا؛ لأن محل العمل في يد المستأجر، فيستحق الأجر، وإن كان ذلك في غير ملكه، ولا هو في يده، فلا أجر له حتى يفرغ منه، ويسلمه إليه؛ لأن التسليم لم يوجد، فإن العمل في المحل إنما يصير مسلمًا إلى المستأجر على تقدير كون المحل في يده، وقال الحسن بن زياد رحمهما الله: إذا أراه موضعًا من الصحراء ليحفر فيه بئرًا، فهو بمنزلة ما لو كان في ملكه ويده، قال: وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، فإنه تثبت يده عليه بالتعيين؛ لأنه ثبت له ضرب خصوصية، فيجعل بمنزلة الملك فيما بينهما، وعن محمد رحمه الله: أنه لا يصير قابضًا إلا بالتخلية، وهو الصحيح؛ لأنه ما لم تثبت يده على المحل.

وفي "الأمالي" يقول: إذا استأجر ليحفر له بئرًا في الجبانة، فحفرها، فلا أجر له حتى يسلمها إلى صاحبه.

قال مشايخنا رحمهم الله: إن محمدًا رحمه الله سكت عن ذكر الإجارة، ولم يشترط بيان موضع الحفر، قالوا: وفيه إشارة إلى أن بيان الموضع في غير ملكه ليس بشرط.

١٣٦٩٧- قال في "الأصل": وإذا استأجر الرجل رجلًا ليضرب له لبنًا في داره، وعين الملبن، أو سمى ملبنًا معلومًا، فالإجارة جائزة؛ لأنه استأجره لعمل معلوم، وإن لم يعين ملبنًا، ولا سمى ملبنًا معلومًا، فإن كانت بلدة ملابنهم مختلفة، وكل الملابن في الاستعمال على السواء، فالإجارة فاسدة، وإن كانت بلدة لأهلها ملبن واحد، أو ملابن مختلفة، إلا أنه غلب استعمالهم لواحد منها، تجوز الإجارة؛ لأن الملبن معلوم في هذه الحالة عرفًا، إن لم يكن معلومًا شرطًا، فإن لبنه وأصابه المطر قبل أن يرفعه[1]، فلا أجر له، وإن كان يعمل في داره، فرق بين هذا وبينما إذا استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في داره، فخاط بعض الثوب، فسرق يستحق الأجر بقدره.

وكذلك إذا استأجر حفارًا ليحفر له بئرًا في داره، فحفر بعضها، فانهار استحق الأجر بقدر ما حفر، وكذلك إذا استأجر بناء ليبني له بناء في أرضه، فبنى البعض، فانهدم، فإنه يستحق من الأجر بقدره.

(١) هكذا في ظ، وفي الأصل وم: ينقله.

والفرق بين هذه المسائل وبين مسألة اللبن أن في مسألة اللبن قدر ما وجد من العمل إن وقع مسلمًا إلى المستأجر من الوجه الذي صار مسلمًا في تلك المسائل، إلا أن هذا القدر من العمل في مسألة اللبن غير مقابل بالأجر؛ لأن الأجر مقابل بعمل التلبين، وهذا القدر من العمل من أعمال التلبين ليس بمعتبر؛ لأن التلبين لم يتم بعد، ألا ترى أنه يحتاج إلى إحداث عمل آخر فيما عمل؛ وهو النصب والتسوية(١)، فيكون ما يحدث به من العمل فيما عمل إتمامًا للعمل الأول؛ لأنه يحصل في محل عمل الأول، فيكون إتمامًا لذلك العمل، وإذا لم يتم اللبن قبل النصب والإقامة، والأجر مقابل بالتلبين، لم يستحق شيئًا، وإن كان يعمل في داره. كما لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في داره، فقطع الثوب، وقبل الخياطة سرق الثوب، لا يستحق بإزاء ما عمل شيئًا، وإن وقع ذلك القدر مسلمًا؛ لأنه يعمل في داره إنما كان كذلك؛ لأن الأجر مشروط مقابل بالخياطة، وما قطع ليس بخياطة إنما هو عمل من أعمال الخياطة.

١٢٦٩٨ - وكذلك إذا استأجر رجلاً ليخبز له قفيزًا معلومًا في داره، فنخل الدقيق، وعجن، ثم سرق قبل أن يخبزه لا يستحق أجرًا، وكذلك لو احترق الخبز في التنور قبل إخراجه من التنور لا أجر له، وإن كان يخبز في بيت المستأجر؛ لأن الأجر مقابل بالخبز، ولم يوجد الخبز، إنما وجد عمل من أعماله، فكذا في مسألتنا.

بخلاف ما إذا خاط بعض الثوب؛ لأن القدر الذي أتى به خياطة، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى عمل آخر فيما خاط، وإنما يحتاج إلى إحداث عمل آخر في محل آخر مثل الأول، وما يوجد من العمل في محل لا يكون إتمامًا لما وجد من العمل في محل آخر، وكذلك البئر ما حفر حفر تام، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى إحداث عمل آخر فيما حفر، وفي البناء كذلك، فإذا تم العمل الذي صار به الأجر مقابلاً، وقد وقع مسلمًا إذا كان يعمل في داره، استحق الأجر بقدره.

وإن علمت بعد ذلك، فعلى قياس مسألة اللبن من هذه المسائل أنه لو أتمه وأصابه المطر بعد ما نصبه، وسواه عند أبي حنيفة رحمه الله، وشرجه وجمعه على قولهما، ولو كان كذلك يستحق الأجر بقدر ما عمل إذا كان يعمل في داره، كذا هنا.

---

(١) وفي الأصل: والإقامة

فأما إذا نصبه، وسوّاه بعد الجفاف، ولم يشرّجه، فأصابه المطر، فأفسده، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: له الأجر إذا كان يعمل في داره، وعلى قولهما: لا أجر له ما لم يشرّجه، وأجمعوا على أنه إذا كان يعمل في دار نفسه لا يستحق الأجر، وإن وجدت هذه الأعمال ما لم يسلّمه إلى المستأجر منصوبًا عند أبي حنيفة رحمه الله، ومشرّجًا عندهما.

وحاصل الخلاف بينهم أن التلبين بماذا ينتهي، قال أبو حنيفة رحمه الله: بالنصب والتسوية بعد الجفاف، وقالا: بهذه الأشياء وبالتشريج أيضًا.

١٣٦٩٩: وفي «القدوري»: الخياط إذا خاط في بيت المستأجر، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر؛ لأنه لا ينتفع به، وإن هلك، فلا ضمان عليه، فلم يوجب الأجر بخياطة بعض الثوب، وأنه يخالف ما ذكر في «الأصل».

قال القدوري رحمه الله: وإن فرغ منه فله الأجر؛ لأنه صار مسلّمًا للعمل، وعلى قولهما: إذا هلك قبل الفراغ من العمل، أو بعده قبل التسليم إلى مالكه، فهو ضامن، والمحل مضمون في يد الأجير عندهما، فلا يخرج عن الضمان إلا بالتسليم إلى المالك، فإذا هلك كان صاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة ثوبه، ولا أجر له، وإن شاء ضمّنه قيمته مخيطًا، وأعطاه الأجر.

وفي «الأصل»: إذا استأجر رجلًا يضرب له لبنًا بملبن معلوم، ويطبخ له في أتون المستأجر بمال معلوم، فهو بمنزلة الخبز، وإخراجه من الأتون من تمام عمله حتى لو هلك قبل الإخراج بعدما نضج، وكفّ عنه النار، فإنه لا أجر له؛ لأن عين اللبن لا يحصل إلا بإخراج ذلك من الأتون، فكان كإخراج الخبز من التنور، ولو هلك بعدما أخرج من الأتون، فله الأجر، كما في مسألة الخبز.

وهذا إذا كان يعمل في دار المستأجر، وأما إذا كان يعمل في دار نفسه، فلا أجر له حتى يسلّمه إلى مالكه، كما في مسألة الخبز -والله أعلم بالصواب-.

الفصل العاشر

في جواز إجارة الظئر

القياس يأبى جواز إجارة الظئر ؛ لأنها ترد على استهلاك العين مقصودة ، وهو اللبن ، فهو بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجرة معلومة ليشرب لبنها ، لكن جوزناها استحسانًا لقوله تعالى : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾(١) وهذا العقد لا يرد على العين ، وهو اللبن مقصودًا ، وإنما يرد على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي ، واللبن يدخل فيه تبعًا لهذه الأشياء ، ومثل هذا جائز ، كما لو استأجر صباغًا يصبغ له الثوب ، فإنه جائز ، وطريق الجواز أن يجعل العقد واردًا على فعل الصباغ ، والصبغ يدخل فيها تبعًا ، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودًا ، وخرج على هذا فصل البقرة والشاة ؛ لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودًا .

وإذا جازت هذه الإجارة ينظر بعد هذا إن لم يشترط في عقد الإجارة أنها ترضع الصبي في منزل الأب ، ولم يكن العرف فيما بين الناس أنها ترضع الصبي في منزل الأب ، فلها الخيار ، إن شاءت أرضعت الصبي في منزل الأب ، وإن شاءت أرضعته في منزلها ؛ لأنه إنما يستحق على الأجير ما شرط عليه ، ولم يشترط عليها الإرضاع في منزل الأب ؛ لا نصًا ولا عرفًا ، فلا يلزمها ذلك .

وإن شرط عليها الإرضاع في منزل الأب ، أرضعته في بيت الأب ، وكان ينبغي أن لا يصح هذا الشرط ؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه مطلق العقد ، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ؛ والجواب : أن الثابت بهذا الشرط زيادة جودة في المعقود عليه ؛ لأن الإرضاع في منزل الأب أجود للصبي من الإرضاع في منزل الظئر ؛ لأن الظئر يخشى من الأب في منزله فيحسن الإرضاع ما لا يحسن في منزلها ، واشتراط زيادة الجودة في المعقود عليه الذي لا يقتضيه مطلق العقد لا يفسد العقد ، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب ، أو اشترى شيئًا هو جيد .

(١) سورة الطلاق : الآية ٦

وكذلك إذا لم يشترط ذلك عليه صريحاً، لكن العرف الظاهر فيما بين الناس أن الظئر ترضع الصبي في منزل أبيه لزمها ذلك؛ لأن المعروف فيما بين الناس كالمشروط.

١٣٧٠٠ - ولو ضاع الصبي من يدها، أو وقع فمات، أو سرق شيء من حلي الصبي أو ثيابه؛ فلا ضمان على الظئر، أما ضمان الصبي فلأنه ضمان آدمي، وضمان الآدمي لا يجب بالعقد، ألا ترى أن ضمان الآدمي يتحمله العاقلة، وضمان المعقود عليه لا تتحمله العاقلة كالثمن والأجر، وهذا ضمان عقد، فإنه لو لا عقد الإجارة لما ضمن الظئر.

وأما ضمان ما على الصغير من الثياب والحلي؛ لأن ما عليه تبع له، فإذا لم يجب الضمان للأصل فكيف يجب ضمان التبع، وطعام الظئر وكسوتها على الظئر إذا لم يشترط ذلك في عقد الإجارة على المستأجر؛ لأن الأجير بعقد الإجارة إنما يستحق على المستأجر ما شرط له، لا ما لم يشترط له.

فإن قيل: الطعام إن لم يكن مشروطاً لها نصاً، فهو مشروط لها عرفاً، والمعروف كالمشروط؟

قلنا: إنما يجعل المعروف كالمشروط في العقد إذا كان فيه تجويز العقد، وفي جعل الطعام مشروطاً لها في العقد فساد العقد عندهما قياساً واستحساناً، وعند أبي حنيفة رحمه الله قياساً، فلا يجعل ذلك مشروطاً في العقد.

١٣٧٠١ - ثم إذا استأجر بالدراهم، فلا بد من بيان قدرها، وصفتها، وإن استأجرها بكيلي أو موزون، فلا بد من بيان قدره وصفته، وإن استأجرها بثوب يشترط فيه جميع شرائط السلم، وقد مر ذلك في صدر الكتاب.

وإن استأجرها بطعامها وكسوتها، ووصف لها ذلك، جاز بالاتفاق، وإذا لم يصف فالقياس أن لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله، وفي الاستحسان: يجوز، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله. وجه القياس في ذلك: أن الأجرة مجهولة، وجهالة الأجرة توجب فساد العقد، كما في سائر الإجارات.

وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ إلى قوله:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1] والمراد من قوله رزقهن وكسوتهن أجرة الرضاع لا نفقة النكاح؛ لأن الله تعالى ذكر الإرضاع أولاً، ثم أوجب الرزق والكسوة، ولم يذكر النكاح، والحكم إذا ثبت عقيب سبب فإنه يحال الحكم على السبب المنقول، والسبب المنقول الإرضاع، فعلم أن المراد من الآية الأجرة للإرضاع، فوجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أوجب أجرة الرضاع مع الجهالة، فإنه قال: بالمعروف، وإنما يقال: هذا فيما كان مجهول الصفة والنوع، كما في قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2].

فأما ما يكون معلوم القدر والصفة من كل وجه لا يقال له ذلك بالمعروف، فهذا دليل على أن الطعام والكسوة يصلح أجرة الرضاع مع الجهالة.

ولأن هذا يجري مجرى نفقة الولد؛ لأن الواجب في الحاصل والحقيقة نفقة الولد، إلا أن إيصال النفقة إلى الولد بواسطة الظئر، فإذا كان هذا يجري مجرى النفقة صح مع الجهالة، ولأن الجهالة لا توجب فساد العقد بعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة، والجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة فيما بين الناس في كل البلدان التوسعة على الظئر، وترك المنازعة في طعامهم وكسوتهن؛ لأن التضييق في ذلك يؤدي إلى التضرر بالولد، ومثل هذه العادة معدومة في سائر الإجارات.

وإذا صحت هذه الإجارة كان لها الوسط من الطعام والكسوة، كما في نفقة الولد. والذي يجب على الظئر بعد الاستئجار الإرضاع والقيام بأمر الصبي فيما يصلحه من إرضاعه وغسل ثيابه، أما الإرضاع فظاهر، وأما القيام بأمر الصبي فلأن القيام بأمر الصبي وإن لم يكن من الإرضاع، إلا أن العادة فيما بين الناس أن الظئر هي التي تتولى ذلك، فصار ذلك كالمشروط، وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو على

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٣

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٥٤٢٠) كتاب القضاة، باب قضاء الحاكم على الغائب، وابن ماجه في سننه (٢٢٩٣) كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، وفي الكبرى (١٩٩١)، والشافعي في مسنده (١/٢٨٨)، والدارمي في سننه (٢٢٥٩) باب في وجوب نفقة الرجل على أهله، وأبو عوانة في مسنده (٦٣٨٦)، والبيهقي في الكبرى (١٥٤٦٨) كتاب النفقات، باب وجوب النفقة للزوجة، والشافعي في السنن المأثورة (٥٣٤)

لا يمكنها إيفاء المعقود عليه إلا بزيادة ضرر، وكذلك إذا حبلت[1]، وكذلك إذا اتهموها بالسرقة ولم يكتفوا عنها؛ لأنه لا يمكنها تسليم المعقود عليه إلا بضرر زائد، وهو ضرر تحمل الأذى، وكذلك إذا لم تكن معروفة بالظئورة، وهي ممن يعاب عليها، فلها الفسخ، بخلاف ما إذا كانت تعرف بذلك، ومعنى قوله: لا تعرف بذلك أن تكون هذه أول إجارة منها.

وإن كان الصبي قد ألفها، ولا يأخذ لبن غيرها، وهي لا تعرف بالظئورة، كان لها الفسخ أيضاً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس لها الفسخ إذا كان يخاف على الصبي من ذلك. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: والاعتماد على رواية أبي يوسف رحمه الله، وتأويل قول محمد رحمه الله إذا كان الصبي يعالج بالغذاء من الفانيذ[2] والسكر ونحو ذلك مما يعالج به الصبيان، أو يأخذ لبن الغير بنوع حيلة، أما إذا كان لا يعالج بالغذاء، ولا يأخذ لبن غيرها فجواب محمد رحمه الله كجواب أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى.

١٣٧٠٣- وفي "العيون": إذا استأجر ظئراً للصبي شهراً، فلما انقضى الشهر أبت أن ترضعه، والصبي لا يقبل ثدي غيرها، قال محمد رحمه الله: أجبرها على أن ترضعه بأجر مثلها. قال الحاكم رحمه الله: يحتمل أن يكون هذا الجواب في المعروفة بهذا العمل.

وإذا كان لها زوج معروف، فآجرت نفسها للظئورة بغير إذن الزوج، ذكر في "الأصل" مطلقاً: أن للزوج حق الفسخ. قيل: هذا إذا كان الزوج ممن يشينه ذلك لشرفه، أما إذا كان ممن لا يشينه ذلك، فليس له حق الفسخ، وقيل له: حق الفسخ في الحالين، وهو الصحيح.

أما إذا كان الزوج من الأشراف، فقولين - إحداهما: أنه يعير بذلك؛ لأن الإجارة على الرضاع بعد دناءة، والنكاح يفسخ لدفع ضرر العار، حتى كان للأولياء حق الفسخ، إذا زوجت نفسها من غير كفء مع أن النكاح لا يفسخ بسائر أسباب الفسخ،

---

(1) وفي م: وكذلك إذا لم يكن حلبت.

(2) وفي م: من الفاكهة

فلأن تفسخ الإجارة لدفع العار، وأنها تفسخ بسائر أسباب الفسخ أولى.

ألا ترى أن الغلام المأذون أو البالغ إذا آجر نفسه من رجل ليخدمه، ويكون معه، كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم، كذا هنا.

وألا يرى أن المرأة إذا كانت من الأشراف وأهل الشئونات، فآجرت نفسها للظئورة، كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم.

والثاني: أن هذه الإجارة مما توجب خللاً بحق الزوج؛ لأنها حال ما تشتغل بخدمة الصبي لا يمكنها خدمة الزوج، وللزوج أن يمنع المرأة عما يوجب خللاً في حقه.

وأما إذا لم يكن الزوج من الأشراف فللعلة الثانية.

وإن كان زوجها مجهولاً لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها، فليس له أن ينقض الإجارة، وإذا كان لها زوج معروف، وقد استأجرت شهراً، فنقضي الشهر، والصبي لا يأخذ لبن غيرها، إن كانت أجرت نفسها بغير إذن الزوج، فللزوج أن يأباه، وإن خيف أن يموت الصبي، وإن كانت آجرت نفسها بإذن الزوج، فليس للزوج أن يمنعها إذا كان الصبي ممن لا يأخذ لبن غيرها.

١٣٧٠٤- في "العيون": وإن كان الزوج قد سلم الإجارة، فأراد أهل الصبي أن يمنعوه من غشيانها مخافة الحبل، وأن يضر ذلك لصبيهم، فلهم أن يمنعوه عن ذلك في منزلهم، لا لأن لهم ولاية منعه عن غشيانها، ولكن لأن غشيانها في منزلهم لايكون إلا بعد الدخول في منزلهم، ولهم ولاية منع الزوج عن الدخول في منزلهم، وإن لقيها في منزله، فله أن يغشيها؛ لأن الغشيان صار مستحقاً له بعقد النكاح، ولو سقط هذا الحق إنما سقط دفعاً للضرر عن الصبي، والحبل أمر موهوم قد يكون، وقد لا يكون، ولا يجوز إسقاط الحق الثابت بيقين لأمر موهوم، ولا يسع للظئر أن يمنعه عن ذلك؛ لأن هذا الحق لم يسقط بسبب هذه الإجارة، فلايكون للمرأة منعه عن ذلك.

وكل ما يضر بالصبي، نحو الخروج عن منزل الصبي زماناً كثيراً، وما أشبهه، فلهم أن يمنعوها عنه، وما لا يضره فليس لهم منعها عنه لحاجتها إلى ذلك، ويصير ذلك العذر مستثنى من الإجارة، كأوقات الصلاة ونحوها.

ومعنى قوله: وكل ما يضر بالصبي لا محالة، أما ما كان فيه وهم الضرر فليس لهم منعها عنه، ألا ترى أنها لا تمنع عن تمكين الزوج في منزله مع أن فيه وهم الضرر.

١٣٧٠٥ - وفي "الأصل": إذا استأجر الرجل ظئراً لولده الصغير، ثم مات الرجل، لا تنتقض إجارة الظئر؛ لأن إجارة الظئر وقعت للصغير؛ لأن الأب فيما يتصرف للصغير وكيل عن الصغير شرعاً، فيعتبر بالوكيل الحقيقي، والوكيل الحقيقي في باب الإجارة إذا مات لا تبطل الإجارة، فكذا الوكيل الشرعي، وكان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: إنما لا تبطل إجارة الظئر بموت الأب إذا كان للصبي مال، أما إذا لم يكن له مال، تبطل بموت الأب، وهذا لأنه إذا كان للصغير مال، فالإجارة وقعت للصغير باعتبار المنفعة والأجر جميعاً، فإن أجر الإرضاع[1] يجب في مال الصغير[2]، وكانت الإجارة واقعة للصبي من كل وجه، فيبقى ببقاء الصبي. فأما إذا لم يكن للصبي مال، فالأجر يجب على الأب؛ لأن مؤنة الإرضاع على الأب إذا لم يكن للصغير مال، فتكون الإجارة واقعة للأب، فتبطل بموت الأب، ومنهم من قال: لا، بل في الحالين جميعاً لا تبطل الإجارة بموت الأب، وإطلاق محمد رحمه الله في "الكتاب" يدل عليه.

وجه ذلك أن الإجارة إذا وقعت للصبي من كل وجه باعتبار المنفعة والأجر جميعاً؛ فإن الأجر يجب في ذمة الصبي، والأب يقضي ما وجب على الصغير من ماله، ألا ترى أنه لو ظهر للصغير مال، كان للأب أن يقضي ذلك من ماله، فعلم أن الإجارة وقعت للصغير من كل وجه، فلا تبطل بموت الأب.

أو نقول: إن وقعت الإجارة للأب باعتبار الأجر، وقعت للصغير باعتبار المنفعة، فمن حيث إنها وقعت للأب إن كانت تبطل بموت الأب، فمن حيث إنها وقعت للصغير لا تبطل، فلا تبطل بالشك.

أو نقول: لا فائدة في نقض الإجارة بموت الأب؛ لأنه يحتاج إلى إعادة مثلها في الحال، ثم قال محمد رحمه الله: وأجر الظئر في ميراث[3] الصبي، قيل: أراد به أجر ما

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: "من أجر الرضاع".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: "في مال الصبي".

(٣) وفي م: "مال" مكان "ميراث"، كلاهما صحيحان.

بمستقبل من المدة بعد موت الأب، أما ما وجب من الأجر حال حياة الأب يستوفى من جميع التركة، وقيل: الكل يستوفي من نصيب الصغير، وهو الصحيح.

١٢٧٠٦- في "النوازل": استأجر الرجل ظئرًا لترضع ابنه الصغير، فلما أرضعته شهورًا مات أب الصغير، فقالت عمة الصغير للظئر: أرضعيه حتى تعطيك الأجر، فأرضعته شهورًا؛ قال: إن لم يكن للصبي مال حين استأجرها الأب، فمن يوم مات الأب الأجر على العمة، ثم ينظر إن كانت وصية الصغير، رجعت بذلك في مال الصغير، وما لا فلا، وإن كان للصبي مال يوم استأجرها، فالأجر كله في مال الصبي، وأشار إلى المعنى، فقال: لأن في الفصل الأول الإجارة قد انفسخت بموت الأب، فإذا قالت العمة: أرضعيه ووافقته على ذلك، انعقد بينهما إجارة مبتدأة، فيكون الأجر على العمة من هذا الوجه، وفي الفصل الثاني الإجارة لم تنقض بموت الأب، بل بقيت على حالها؛ لأن العقد وقع للصغير من كل وجه، فيكون الأجر في مال الصبي.

١٢٧٠٧- وإن ماتت الظئر انتقضت الإجارة، كما في سائر الإجارات إذا مات الأجير، وكذا إذا مات الصبي؛ لأن العقد وقع له، فيبقى ببقائه، ويبطل بموته؛ ولأنه عجزت عن إيفاء المعقود عليه عجزًا لا يرجى زواله، فهو بمنزلة العبد المستأجر إذا مات، وذلك موجب[1] انفساخ العقد، كذا هنا.

١٢٧٠٨- وإذا استأجر الرجل ظئرًا لترضع صبيين له، فمات أحدهما، فإنه يرفع عنها نصف الأجر؛ لأنها بقدر النصف عجزت عن إيفاء المعقود عليه.

بيانه: أنه لا يمكن إيفاء المعقود عليه بدون الصبي، وليس لأب الصبي إقامة صبي آخر مقام الصبي، لما يقع بين الصبيين من التفاوت في الارتضاع، فهو معنى قولنا: عجزت عن إيفاء المعقود عليه بقدر النصف، فتنفسخ الإجارة في النصف، فلهذا قال: يرفع عنه نصف الأجر.

١٢٧٠٩- ولو استأجر ظئرين ترضعان صبيًا واحدًا، فماتت إحداهما، فللأخرى نصف الأجر إن كان أجرهما واحدًا، وإن كان متفاوتًا، فبحساب ذلك، والحاصل: أن الأجر يوزع على لبنيهما.

---

(١) وفي الأصل: موجب.

١٣٧١٠ - وإن آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبياً لهم، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة، فأرضعت كل واحد منهما، وفرغت، فقد أثمت، وهذه خيانة منها، ولها الأجر كاملاً على الفريقين، ولا يتصدق بشيء، وهذا الجواب لا يشكل إذا قال أب الصغير للظئر: استأجرتك لترضع ولدي هذا سنة بكذا؛ لأن الظئر في هذه الصورة تعتبر أجيرة مشتركة؛ لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل. إنما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضع ولدي هذا بكذا؛ لأنها أجيرة وحد في هذه الصورة؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولاً، وسيأتي بيان ذلك في باب الراعي - إن شاء الله -.

١٣٧١١ - وليس للأجير الواحد أن يؤاجر نفسه من غيره، وإن آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول، ويأثم، والوجه في ذلك أن أجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه، كما في الخياط والقصار، وإن كانت أجير وحد من حيث إنه أوقع العقد في حقهما على المدة.

ولو كانت أجيرة واحد من كل وجه، بأن أوقع العقد في حقهما[1] على مدة، والعمل عمل لا يمكن إيفاؤه لكل واحد منهما على الكمال في تلك المدة، بأن آجرت نفسها يوماً للحصاد أو للخدمة كملاً على الأول، ويأثم بما صنع.

ولو كانت أجيرة مشتركة من كل وجه، استحق الأجر كملاً ولم يأثم، فإذا كان بينهما قلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد، وقلنا: بأنها تستحق الأجر كملاً لشبهها بالأجير المشترك.

١٣٧١٢ - وإذا دفع الظئر الصبي إلى خادمتها حتى أرضعته، فلها الأجر كملاً استحساناً؛ لأنه لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها، فهو نظير من استأجر قصاراً ليقصر له ثوباً، أو خياطاً ليخيط له، ولم يشترط العمل بنفسه، فعمل غيره، فإنه يستحق الأجر، كذا هنا.

والمعنى فيه أن قوله: ليخيط ليقصر لترضع كما يذكر، ويراد به المباشرة، يذكر ويراد به السبب، ولا تتعين المباشرة مراداً إلا بالنص عليه، وإذا لم يشرط عليها

(١) وفي م : في حقهما.

أرضعته بنفسها ، ثم دفعته إلى خادمتها ، حتى أرضعته ، هل تستحق الأجر؟ فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، والصحيح أنها تستحق.

١٣٧٤٣ - وإن أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام حتى انقضت المدة ، لا أجر لها ؛ لأن هذا لا يسمى إرضاعاً ، فلا يتحقق إيفاء المعقود عليه ، وبدونه لا يستحق الأجر ، وإن جحدت الظئر ذلك ، وقالت : ما أرضعته بلبن شاة ، وإنما أرضعته بلبني ، فالقول قولها مع يمينها استحساناً ، وإن قامت لأهل الصبي بينة على ما ادعوا ، فلا أجر لها .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : تأويل المسألة أنهم شهدوا أنها أرضعته بلبن الشاة ، وما أرضعته بلبن نفسها ، أما إذا اكتفوا بقولهم : ما أرضعته بلبن نفسها ، لا تقبل شهادتهم ؛ لأن هذه شهادة قامت على النفي مقصوداً بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هناك النفي دخل في ضمن الإثبات ، وإن أقاما البينة أخذت ببينة الظئر.

١٣٧٤٤ - وإذا استأجر الأب أم الصغير لإرضاعه ، فهو على وجهين : إما إن استأجرها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق ، وأما إن استأجرها لمال نفسه ، أو لمال الصغير ، فإن استأجرها حال قيام النكاح لمال نفسه ، لا يجوز .

واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة ، بعضهم قالوا : إرضاع الصبي حال قيام النكاح واجب عليها ديانة ، وإن لم يكن واجباً عليها حكماً ، وهذا لأنه اجتمع ما يوجب أن يكون الإرضاع واجباً عليها ، وما يمنع أن يكون الإرضاع واجباً عليها ، من حيث إن النكاح وضع لاستحقاق الوطء على المرأة ، ولاستحقاق المهر على الزوج ، لا لاستحقاق الإرضاع ، يوجب أن لا يكون الإرضاع واجباً عليها ، ومن حيث إن الامتناع عن إرضاع الصبي في حال قيام النكاح سبب النشوز والنفرة ، وهما ضد مصالح النكاح ، يوجب أن يكون الإرضاع واجباً عليها ، فجعلناه واجباً ديانة لا حكماً .

إذا ثبت هذا ، فنقول : من حيث الحكم إن كان لا يوجب جواز هذه الإجارة ، فمن حيث الديانة يمنع الجواز ؛ لأن الإجارة للاستحقاق ، فلا يجوز إيرادها على ما هي مستحقة ، فلا يثبت الجواز بالشك .

وبعضهم قالوا : إنما لا يجوز هذا العقد لأنه مهجور بين الناس ، فإنه لا يرى امرأة في النكاح تطلب الأجر على إرضاع ولدها منه ، والمهجور بين الناس أثر في جواز العقد

وفساده، ألا ترى أنه لو استأجر الرجل امرأة لتسوي عمامته جاز، ولو استأجر جُبّ ماء لذلك لا يجوز، وما افترقا إلا من حيث إن الأول عمل الناس، والثاني ليس عمل الناس.

وبعضهم قالوا: إنما لا يجوز هذا العقد لأنه استأجرها للعمل في شركة؛ لأنهما يشتركان في الولد، والإجارة لمثل هذا العمل لا يجوز، وكما لا يجوز استئجارها لا يجوز استئجار خادمتها؛ لأن خادمتها مملوكة لها، وما يجب من الأجر فهو لها، فيكون استئجار خادمها كاستئجارها.

وكذا لا يجوز استئجار مدبرتها، ولو استأجر مكاتبة لها جاز، وإن استأجرها بمال الصغير، روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أنه يجوز، وهو مشكل على العبارات كلها.

١٣٧١٥ - هذا إذا استأجرها حال قيام النكاح، وأما إذا استأجرها بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعيًا لا يجوز؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع ملك النكاح، فصار الحال بعد الطلاق الرجعي كالحال قبل الطلاق، وإن كان بائنًا، ففي ظاهر الرواية يجوز، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز؛ لأن هذا منع ثبت بالنكاح، فيبقى ما بقيت العدة، كمنع نكاح الأخت وأربع سواها، ومنعها عن زوج آخر.

وجواب ظاهر الرواية يخرج على العبارة الأولى والثانية، أما على العبارة الأولى فلأنا إنما أوجبنا الإرضاع عليها ديانة؛ لأن الامتناع منه سبب لوقوع الخلل في مصالح النكاح بواسطة النفرة، وهذا المعنى لا يتأتى بعد الطلاق البائن؛ لأن مصالح النكاح لا حصول لها ثانيًا بعد البينونة.

وأما على العبارة الثانية فلأن هذا العقد غير مهجور فيما بين الناس، ولا يخرج على العبارة الثالثة، وأنه ظاهر، هذا إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده منها، ولو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها يجوز، وأنه يخرج على العبارات كلها.

١٣٧١٦ - ولو استأجر الرجل أمه، أو ابنته، أو أخته ترضع صبيًا له جاز، وكذلك كل ذات رحم محرم منه.

١٣٧١٧ - وفي "فتاوى أهل سمرقند" رحمهم الله: إذا استأجر ظئرًا لترضع ولده

سنة بمائة درهم على أنه إن مات الصبي قبل ذلك، فالدراهم كلها للظئر، فهذا شرط فاسد يفسد الإجارة؛ لأنه مخالف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع انفساخ الإجارة عند موت الصبي قبل المدة، وعود الأجرة إلى المستأجر بقدر ما بقي المدة، فإذا شرط خلافه فسد به العقد، فإن مات الصبي قبل ذلك، فلها بقدر ما أرضعت أجر مثلها، ويرد البقية إلى المستأجر.

وفي "فتاوى الفضلي": استأجر ظئراً ترضع ولده سنة على أن أجرتها ليلة ويوماً خمسون درهماً، وباقي السنة ترضع مجاناً، فأرضعت شهرين ونصفاً، ثم مات الولد يحسب لها من ذلك أجر مثلها على رضاع شهرين ونصف، ويرد الباقي؛ لأن هذه إجارة فاسدة، أما لأن قضية العقد انقسام الأجرة على منافع المدة، وقد شرط خلافها، أو لأنهما شرطا عقد التبرع في الإجارة.

١٣٧٦٨ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": مسلمة ترضع ولد الكافر بالأجر، فلا بأس به، فقد صح أن علياً رضي الله عنه آجر نفسه من كافرة ليسقي لها الماء - والله أعلم بالصواب -.

الفصل الحادي عشر
في الاستئجار للخدمة

١٣٧١٩ - قال محمد رحمه الله في "الأصل" : ويكره للرجل أن يستأجر امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها؛ لأن الخلوة بالأجنبية قبل الإجارة مكروه كيلا تصير سبب الوقوع في الفتنة، وهذا المعنى موجود بعد الإجارة، لكن الإجارة جائزة؛ لأنها عقدت على الاستخدام، وأنه مباح، والكراهة في الخلوة بها، وقد يخلو بها وقد لا يخلو بها، وكان بمنزلة الاستئجار على كتابة النوح والغناء، فإنها جائزة؛ لأن المعصية في القراءة، وعسى تقرأ، وعسى لا تقرأ، كذا هنا، إلا أنه لم يذكر الكراهة ثمة، وذكر ههنا؛ لأنه قد يخلو بها، والخلوة بالأجنبية في الحمل على المعصية أبلغ من الكتابة في حمله على القراءة، فلهذا ذكر الكراهة ههنا، ولم يذكر ثمة.

١٣٧٢٠ - وفي "النوازل": حرة أجرت نفسها من رجل ذي عيال، فلا بأس به، ولكن يكره أن يخلو بها لما فيه من احتمال الوقوع في الفساد، وهو تفسير ما ذكر في "الأصل"، وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لا يجوز؛ لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة؛ لما فيه من حسن العشرة، وإن لم يكن مستحق عليها حكماً، والإجارة على ما كان مستحقاً على الأجير ديانةً لا حكماً لا يجوز، كما لو استأجرها للعمل من أعمال البيت من الخبز والطبخ وإرضاع ولده منها، ولو استأجرها لتخدمه فيما ليس من جنس خدمة البيت، كرعي دوابه، وما أشبه ذلك يجوز؛ لأن ذلك غير مستحق عليها لا حكماً ولا ديانة.

١٣٧٢١ - ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها، قال: هو جائز، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه باطل، وذكر في كتاب جعل الآبق أن المرأة متى استأجرت زوجها، فله أن لا يخدمها، ومتى رفع إلى القاضي، فإن القاضي يفسخ العقد وينقضه.

فمن مشايخنا من قال : ليس في المسألة اختلاف الروايتين ، لكن تأويل ما روى أبو عصمة رحمه الله أنه باطل أنه سيبطل ، ومنهم من قال : لا ، بل في المسألة روايتان ، على ظاهر الرواية يجوز ، وله حق الفسخ بالمرافعة إلى القاضي ، وعلى رواية أبي عصمة رحمه الله : لا يجوز .

١٣٧٧٢ - واتفقت الروايات أن الأب إذا آجر نفسه للخدمة من ابنه أنه لا يجوز ، حتى كان له أن يفسخ من غير قضاء ولا رضاء ، واتفقت الروايات في الزوج والأب إذا خدما أنهما يستحقان المسمى ، نص على هذا في كتاب المزارعة ، فإنه قال في المزارعة : كل من لا يجوز أن يستأجر للخدمة ، فله أجر المثل إلا الوالد والزوج .

فوجه ما روى أبو عصمة رحمه الله : الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذلّ وتنقيصه بالخادم ، ولهذا قالوا : الكافر إذا اشترى عبداً مسلماً ، فإنه يجبر على بيعه حتى لا يستخدم قهراً من غير عوض يحصل للعبد ، فيكون في ذلك إذلالا بالمسلم ، وليس للكافر استذلال المسلم ، فدل أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذلّ ، وليس للمسلم أن يذل نفسه .

إذا ثبت هذا فنقول : بأن إجارة المرأة زوجها للخدمة لو صحت كان في ذلك استخدام الزوج على سبيل القهر من غير عوض يحصل له من زوجته ؛ لأنه إن حصل له عوض باعتبار ملك الرقبة ، فإن الأملاك من حيث الرقبة متباينة ، لم يحصل له العوض باعتبار المنافع ؛ لأن المنافع متصلة بينهما ما للزوج كأنه للمرأة ، وما للمرأة كأنه للزوج ، ولهذا لم يجز لواحد منهما أن يضع زكاة ماله في يد صاحبه ، فباعتبار المنفعة لا يحصل العوض ، فلا ينتفي الذل ، وكان كالأب إذا آجر نفسه من ابنه للخدمة ، فإنه لا يجوز ؛ لأنه من وجه كالحاصل بغير عوض من حيث إن للأب شبهة ملك في مال ابنه ، وهذا بخلاف المسلم إذا آجر نفسه من كافر للخدمة ، حيث يجوز باتفاق الروايات ؛ لأنه وإن كان يستخدمه قهراً بعد الإجارة إلا أنه يستوجب عليه عوضاً من كل وجه على سبيل القهر ، فينتفي الذل ، أما هنا بخلافه .

وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الزوج وبين الأب أن ما للزوج في مال امرأته دون ما للأب في مال ولده ؛ لأن للأب في مال الولد شبهة ملك ، حتى لو وطئ جارية

بخمسة، والشهر الثاني بستة؛ لأن قوله: آجرتك شهراً بخمسة عشرة قوله: آجرتك هذا الشهر؛ لأن الإجارة شهراً ينصرف إلى الشهر الذي يلي العقد، فصار كأن قال: آجرتك هذا العبد في هذا الشهر بخمسة، وفي الشهر الثاني بستة.

١٣٧٢٨-وإذا استأجر عبداً بالكوفة يستخدمه، ولم يعيّن مكاناً للخدمة، كان له أن يستخدمه بالكوفة، وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة؛ لأن الاستخدام بالكوفة ثابت بدلالة الحال، فيعتبر بما لو ثبت نصاً.

بيانه: أن المستأجر له حمل ومؤنة، فالظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزم مؤنة الرد، وربما يربى ذلك على الأجر، فيتعين موضع العقد مكاناً للاستيفاء بدلالة الحال من هذا الوجه، فإن سافر به ضمن؛ لأن كوفة تعيّن مكاناً للاستيفاء بدلالة الحال، فتعتبر بما لو تعين بالنص، وهناك لو سافر بالعبد يضمن، فههنا كذلك، ذكر محمد رحمه الله في إجارات "الأصل".

١٣٧٢٩-وذكر في صلح "الأصل": أن من ادعى داراً، وصالحه المدعى عليه على خدمة عبد سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله؛ لأن الإذن بالاستخدام حصل مطلقاً، واعتبره بالعبد الموصى به بالخدمة.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح كتاب "الصلح": لم يرد بقوله: يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به، وإنما أراد به أن يخرج به إلى أهله في القرى، وأفنية البلدة، قال محمد رحمه الله: وهذا كما قلنا في باب "الإجارة": من استأجر عبداً ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج إليه أهله في القرى وأفنية البلدة.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يفرق بين مسألة الصلح، وبين مسألة "الإجارة"[1]، وكان يقول في مسألة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد، وليس للمستأجر أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة، وحكى عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ رحمه الله أنه كان يقول: لا رواية عن محمد رحمه الله في فصل الإجارة، فلقائل أن يقول: للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر، كما في الصلح، ولقائل أن يفرق بينهما، وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجارات "الأصل" على نحو ما كتبته.

---

(١) وكذا في الأصل: مسألة الأجرة.

قال محمد رحمه الله: وليس للمستأجر أن يضرب الغلام؛ لأن صاحب الغلام لم يأذن له بالضرب، وإنما أذن له بالاستخدام، والضرب ليس من الاستخدام في شيء، ولا ضرورة إليه أيضاً؛ لأنه يمكن استخراج الخدمة من العبد بدون الضرب بالأمر، فلا يصير الضرب مأذوناً فيه، وخرج على هذا فصل الدابة، فإن مستأجر الدابة للركوب أن يضرب الدابة؛ لأنه لا يمكن استخراج السير من الدابة بدون الضرب، فصار الضرب ثمة مأذوناً فيه، أما ههنا بخلافه.

١٣٧٣٠ - ولو دفع المستأجر الأجر إلى العبد، فإن كان العبد هو العاقد فقد برئ عن الأجر؛ لأنه دفع الأجر إلى العاقد، وإن لم يكن عاقداً لا يبرأ، وإن حصل الرد إلى من يده يد المولى من حيث الحكم، فرق بين هذا وبين المودع إذا دفع الوديعة إلى عبد المودع، حيث لا يضمن.

والفرق أن يد العبد يد المولى من حيث الحكم، لا من حيث الحقيقة، والأجر كان واجباً على المستأجر، فباعتبار الحكم إن كان يحصل له البراءة عنه فباعتبار الحقيقة لا يحصل، فلا تحصل البراءة بالشك، أما الوديعة فلم تكن في ضمان المودع، فباعتبار الحقيقة إن كان يجب الضمان فباعتبار الحكم لا يجب، فلا يجب الضمان بالشك.

١٣٧٣١ - وإن استأجر الرجل عبداً للخدمة، فله أن يكلفه ما هو من أنواع الخدمة؛ لأن الخدمة اسم جنس يتناول جميع أنواعه، وله أن يكلفه أن يخيط له ثوباً، وأن يخبز له، هكذا ذكر في الكتاب، قالوا: وهذا إذا كان خياطة وخبزاً لا بد للمستأجر منه، وأما إذا أراد أن يقعده خياطاً يخيط ثياب الناس، أو يقعده خبازاً يخبز للناس، ليس له ذلك؛ لأن هذا تجارة واكتساب المال، فلا يدخل تحت اسم الخدمة. قال: وطعام العبد على صاحبه، وليس على المستأجر من ذلك شيء؛ لأن المستحق على المستأجر المشروط عليه في العقد، والطعام غير مشروط في العقد لا نصاً ولا عرفاً.

١٣٧٣٢ - قال: وإذا نزل بالمستأجر ضيفان، فعلى العبد المستأجر أن يخدمهم؛ لأن خدمة ضيفان المستأجر من جملة خدمة المستأجر، ألا ترى أنه لو لا هذا العقد كان على المستأجر أن يخدمهم ديانة ومروءة، قال النبي ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم

الأجر فليكرم ضيفه أو فليخدم ضيفه»(١)، وقد كان على المستأجر خدمة ضيفه، فكما أن على المستأجر خدمة نفسه فعليه خدمة ضيفه كخدمته.

١٣٧٣٣ - ولو تزوج المستأجر امرأة بعد ما استأجر العبد، فعلى العبد أن يخدم المستأجر، ويخدم المرأة أيضًا؛ لأن حال المرأة لا يكون أقل من حال الضيف، وعلى العبد خدمة الضيف، فكان عليه خدمة المرأة من الطريق الأولى.

١٣٧٣٤ - وفي «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد رحمهما الله: رجل آجر عبدًا له سنة، ثم إن العبد أقام بينة أن المولى كان أعتقه قبل الإجارة، فالأجرة للعبد؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا في هذه الإجارة، فتوقف على إجازة العبد، وبعد ما أجاز به، والبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد، فكان البدل له أيضًا، ولو قال العبد: إني حر وقد فسخت الإجارة، ولم يكن له بينة، فدفعه القاضي إلى مولاه، وأجبره المولى على العمل، ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة، فلا أجر للعبد، ولا للمولى، ولو لم يقل: فسخت الإجارة، كان الأجر للعبد.

ولو كان غير بالغ، فادعى العتق، وقد آجره المولى، وقال: قد فسخت، ثم عمل، وباقي المسألة بحالها، فالأجر للمولى، قال: ذلك في الكتاب، وهو بمنزلة لقيط في حجر رجل آجره.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا عنه، وإن عقده توقف على إجازته، فينبغي أن يعمل فسخه، حتى لا يكون له الأجر، ثم أشار إلى الفرق، وقال: هما بمنزلة لقيط في حجر رجل آجره.

بيان ذلك: أن الملتقط إنما ملك إجارة اللقيط؛ لأنه بالإجارة يحصل ما ليس بمتقوم في حقه متقومًا، وإنه نظر في حق الصغير، وهذا المعنى يقتضي أن يملك المولى إجارة معتقه إذا كان صغيرًا في حجره، فنفذ عقد الإجارة عليه بصفة اللزوم، فلا يملك فسخها

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٩٦٧)، باب ما جاء في الضيافة كم هو؟ والدارمي في سننه (٢٠٣٥)، باب في الضيافة، وأبو عوانة في مسنده (٩٤)، وأبو داود في سننه (٣٧٤٨)، (٤٢٥١)، باب ما جاء في الضيافة، وابن ماجة في سننه (٣٦٧٢)، باب حق الجوار، والربيع في مسنده (٦٥٦)، والبيهقي في الكبرى (١٨٩٦٠)، باب الاستبانة للسحر، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨/١٦٦).

بعد ذلك .

١٣٧٣٥ - قال في " القدوري " : وإذا أجر الرجل عبده سنة ، فلما مضت ستة أشهر أعتقه ، فعتقه جائز ؛ لأنه أعتق ملك نفسه ، والرقبة بعد الإجارة باقية على ملك المولى ، فينفذ عتقه ، وكان العبد بالخيار ، إن شاء مضى على الإجارة ، وإن شاء فسخ وهذا بناء على ما قلنا أن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها ، والمنافع بعد العتق حدثت على ملك العبد ، فيصير العقد في حق المنافع الحادثة بعد العتق ، كأنه صدر من الفضولي ، فيتوقف على الإجازة ، وإذا أجاز لم يكن له أن ينقض بعد ذلك ، وأجر ما مضى للسيد ، وما بقي للعبد ؛ لأن الأجر بدل المنافع ، والمنافع بعد العتق ملك العبد ، ونفذ العقد عليها بإجازة العبد ، فكان بدلها للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى ؛ لأن قبض البدل من حقوق العقد ، فيثبت للعاقد ، والعاقد هو المولى .

وإن كان المولى حين آجر العبد استعجل الأجرة ، ثم أجاز العبد بعد العتق ، فالأجرة كلها للسيد ؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل ، وفي تلك[1] الحالة المبدل على حكم ملك المولى ، فصارت الأجرة مملوكة للمولى وبالإجازة من العبد تقرير حكم ذلك الملك ، فلا يتغير بالملك ، ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه ، بإذن المولى ، ثم عتق بعد ما مضى مدة ، فله حق الفسخ ، والعبد هو الذي يلي قبض الأجرة عليه ؛ لأن العقد كان منه .

١٣٧٣٦ - ولو آجر المكاتب عبده ، ثم عجز ورد في الرق ، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد : تنتقض الإجارة ، ولو استأجر عبداً ، ثم عجز ، بطلت الإجارة في القولين .

١٣٧٣٧ - ولو آجر الرجل عبداً له ، ثم استحق ، وأجاز المستحق الإجارة ، فإن كانت الإجازة قبل استيفاء المنفعة جاز ، وكانت الأجرة للمالك ؛ لأن الإجازة في الانتهاء ، كالإذن في الابتداء ، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة ، لم تعتبر الإجازة ، والأجرة[2] للعاقد ؛ لأن المنافع قد مضت وتلاشت ، وابتداء العقد عليها ، لا يجوز ، فلا

---

(١) وكان في الأصل : وفي ذلك الحال .

(٢) هكذا في ظ ، م ، وكان في الأصل : والإجارة .

تلحقها الإجازة ؛ لأن الإجازة في معنى ابتداء العقد، وإن أجاز في بعض المدة ، فالأجرة في الماضي ، والباقي للمالك في قول أبي يوسف رحمه الله .

وقال محمد رحمه الله : أجر ما مضى للغاصب ، وما بقي فهو للمالك ، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله أن العقد قائم ، فلحقته الإجازة ، ووجه قول محمد : إن العقد ينعقد ساعة فساعة ، ففي حق ما مضى من المنفعة العقد قد انعدم ، فلا تلحقه الإجازة .

١٣٧٣٨ - وفي " فتاوى أبي الليث رحمه الله " : إذا أجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعًا ، فلا أجر لها ، قال : فهو بمنزلة استئجارها للطبخ أو تخبيز ، هكذا ذكر ، وقيل : في المعنى أن التسليم شرط لصحة الإجارة ، ولوجوب الأجر وسكناها معه يمنع التسليم ، والحكم متنوع ، والعلة مردودة ، والقياس على استئجارها للطبخ ، والخبز غير صحيح ؛ لأن الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقًا عليها حكمًا أما إسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكمًا ، وقوله : بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم ، قلنا : لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى .

١٣٧٣٩ - ولو استأجر الرجل غلامًا ليخدمه ، فرفع الغلام شيئًا من متاع البيت ، فوقع من يده على شيء آخر من متاع البيت ، فكسره فلا ضمن على الغلام ، ولو وقع على وديعة كانت عند المستأجر وكسرها ، فالغلام ضامن .

ومما يتصل بهذا الفصل :

١٣٧٤٠ - إجارة الصبي والاستئجار له إذا آجر الأب أو الجد أو الوصي الصبي في عمل من الأعمال ، فهو جائز ؛ لأن لهؤلاء ولاية استعمال الصغير من غير عوض بطريق التهذيب والرياضة ، فمع العوض أولى ، ولا يجوز إجارة غيرهم إذا كان له واحد منهم ؛ لأنه لا ولاية لغيرهم على الصغير حال قيام واحد منهم ، وإن لم يكن له واحد منهم ، فأجره ذو رحم محرم منه ، وهو في حجره ، جاز بطريق التهذيب والرياضة ؛ فإن لصاحب الحجر ولاية تهذيب من في حجره ، فإن كان في حجر ذي رحم محرم ، فأجره آخر هو أقرب ، كالصبي إذا كان في حجر عمه ، وله أم فأجرته الأم ، جاز في قول أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : لا يجوز ، فوجه قول محمد رحمه الله : إن

هذه الولاية في حق غير الأب والجد ، ووصيهما بطريق التهذيب والرياضة ، وإنما تثبت ولاية التهذيب والرياضة . لمن كان الصبي في حجره

ولأبي يوسف رحمه الله : أن القرابة مؤثرة في إثبات الولاية ، فإذا ملكه الأبعد ملكه الأقرب من الطريق الأولى ، وللذي ولي الإجارة على الصغير أن يقبض الأجرة ؛ لأنه من حقوق العقد ، فيتعلق بالعاقد ، وليس له أن ينفقها عليه ؛ لأنها مال الصغير ، وليس لغير الأب والجد ووصيهما ولاية التصرف في مال الصغير ، وكذلك إذا وهب للصغير شيء ، فللذي الصغير في حجره أن يقبضه ، ولكن لا ينفق عليه لما قلنا ، وللأب والجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وسائر أمواله ، فأما غير هؤلاء ممن الصغير في حجره ، لا يملك إجارة مال الصغير ؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصغير .

وعن محمد رحمه الله : أنه قال : أستحسن أن يؤاجروا عبده ؛ لأنه طهر ، ولا يتهم في نفس الصغير نظراً له ، فكذا يطهر ، ولا يتهم في مال الصغير نظراً له ، قال : وكذلك أستحسن أن يشتروا عليه ما لا بد منه ؛ لأن في تأخيره ذلك ضرراً بالصغير ، ولو آجر الأب أو الجد أو وصيهما الصغير ، ثم بلغ الصغير ، فهو بالخيار ، إن شاء مضى على الإجارة ، وإن شاء فسخ ، وفرق بين هذا وبينما إذا آجروا عبداً للصغير ، ثم بلغ الصغير ، حيث لا يكون له ولاية الفسخ ، والفرق أن إجارة مال الصغير محض منفعة في حق الصغير ، إذ به يحصل للصغير ما هو متقوم وهو الأجر ، والأجر مقابلة ما ليس بمتقوم ، وهو المنافع ، فيثبت للأب والجد والوصي فيها مناب الصغير ، وصار كأنه آجر بنفسه وهو بالغ ، فأما إجارة الصغير لم يتمحض نفعاً في حق الصغير ؛ لأنه إتعاب بدنه ، فكان ينبغي أن لا يملكها هؤلاء ، لكن ملكوها من حيث التهذيب والرياضة ، فهؤلاء ولاية تهذيب الصبي ورياضته .

قلت : وولاية التهذيب قد انقطعت بالبلوغ ، وإذا آجر الوصي نفسه للصغير لا يجوز ، أما على قول محمد رحمه الله . فلأن الوصي لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين ، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وأنه مقابلة المنفعة[1] بالعين

---

(١) وفي الأصل : مقابلة العين بمنفعة نفس

أولى .

وأب على قول أبي حنيفة رحمه الله : فلأنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهراً للصغير ، ولا نفع في بيع المنفعة للصغير ، وإن كان بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله ؛ لأن ما يحصل للوصي عين ، وما يحصل للصغير منفعة ، والعين خير من المنفعة .

١٣٧٤١ - ولو استأجر الوصي الصغير لنفسه ، فينبغي أن يجوز في قول أبي حنيفة : إذا كان بأجرة لا يتغابن الناس في مثلها ؛ لأن في هذا التصرف نفع للصغير ؛ لأنه يحصل له العين

وأما الأب إذا استأجر الصغير لنفسه لا شك في جواز هذه الإجارة .

وأما إذا آجر نفسه للصغير بمثل القيمة ، ذكر في عامة الروايات : أنه يجوز عندهم جميعاً ؛ لأنه باع منفعة له من الصغير بمثل القيمة ، ذكر في عامة الروايات ، فتعتبر[1] بما لو باع عيناً له من الصغير بمثل القيمة ، وذلك جائز ، فكذا هذا

وذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز ، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه ، ووجه ذلك أن العمل للصغير واجب على الأب ديانة إن لم يكن واجباً من حيث الحكم ، فالوجوب ديانة مانع جواز الإجارة لما مر قبل هذا .

الوصي إذا استأجر من نفسه عملاً ليتيم ليعمل ليتيم آخر هو في حجره ، وهو وصيهما ، لا يجوز ؛ لأنه باع منفعة أحد اليتيمين من الآخر ، فيعتبر بما لو باع عيناً من أعيان مال أحدهما من الآخر ، وذلك لا يجوز ، فهذا كذلك .

١٣٧٤٢ - الصبي المحجور إذا آجر نفسه لم يجز ، وكذلك العبد المحجور إذا آجر نفسه لم يجز ، وهذا لأن الإجارة عقد المعاوضة كالبيع ، فلا يملكها المحجور عليه ، كما لا يملك البيع ، فإن عمل فهذا على وجهين : إما إن سلم من العمل ، وفي هذا الوجه القياس أن لا يجب الأجر ؛ لأن وجوب الأجر باعتبار العقد ، والعقد باطل .

---

(١) وفي الأصل : تعتبر

وفي الاستحسان : يجب الأجر المسمى ؛ لأن بعد ما سلم من العمل فتجويز[1] العقد يتمحض نفعًا في حق المولى ، وفي حق الصبي ؛ لأنا إذا جوّزنا الإجارة يحصل للمولى وللصبي الأجر من غير ضرر يلزمهما ، ولو لم يجوز لايجب الأجر ، ويضيع على المولى منافع العبد ، وعلى الصبي منافع نفسه ، ولايقوم أصلاً ، فعلم أن الجواز بعد ما سلم من العمل تمحّض نفعًا ، وامتناع الجواز في الابتداء لكون الإجارة مترددة بين الضرر والنفع ، لجواز أن يهلك العبد أو الصبي من العمل ، فيبطل ضمان العين إن حصل به الأجر ، فكانت الإجارة نفعًا شائبًا بالضرر ، فلم يجز من الابتداء لهذا ، وبعد ما سلم من العمل تمحض الجواز نفعًا ، والمحجور غير ممنوع عن استجلاب النفع ، كقبول الهبة وغير ذلك ، فلهذا جازت الإجارة .

وأما إن هلك المحجور من العمل ، وفي هذا الوجه إن كان المحجور صبيًا فعلى عاقلة المستأجر ديته ، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك ، وإن كان المحجور عبدًا ، فعلى المستأجر قيمته ، ولا أجر عليه فيما عمل له العبد ، وهذا لأن المستأجر صار غاصبًا للعبد كما استعمله ، فإذا ضمن ملكه من ذلك الوقت ، وصار منتفعًا بملكه ، فلا يجب عليه أجر ، فأما الحرّ لا يضمن بالغصب ، وإنما يضمن بالجناية ، وقد صار جانيًا باستعماله ، إلا أن ضمان الجناية لا يفيد الملك في المضمون إذا كان المضمون عينًا ، فإذا كان حرًا أولى ، فلم يملكه المستأجر بهذا الضمان ، ولم يصر منتفعًا بملك نفسه ، فكان عليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك من هذا الوجه .

قال في "القدوري" : وأحد الوصيين يملك أن يؤاجر الصبي في قول أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يؤاجر عبده ، وقال محمد رحمه الله : يؤاجر عبده .

وفي "المنتقى" : إذا لم يكن أب الصبي حائكًا ، فليس لمن كان الصغير في حجره أن يسلمه إلى حائك ؛ لأن التصرف في الصغير مقيّد بشرط النظر ، وفي هذا ضرر بالصغير ؛ لأن الحياكة من خسائس الحرف .

١٣٧٤٣ - الوصي إذا أجر منزل اليتيم بدون أجر المثل ، يلزم المستأجر أجر المثل أو يصير غاصبًا بالسكنى ، ولا يلزم الأجر . ذكر الفضلي رحمه الله في "فتاواه" : أنه يجب

(١) هكذا في ط ، وكان في الأصل و م : فيجوز العقد يتمحض نفعًا .

الفصل الثاني عشر
في صفة تسليم الإجارة

١٣٧٤٤ - إذا وقع عقد الإجارة صحيحاً على مدة أو مسافة ، وجب تسليم ما وقع عليه العقد دائماً مدة الإجارة ، لا مانع من الانتفاع ؛ لأن تسليم المعقود عليه واجب ، وذلك بالتمكين من الانتفاع ؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور ، فيقام التمكين من الانتفاع مقامه ، وذلك بتسليم المحل إليه بحيث لا مانع من الانتفاع ، فإن عرض في بعض المدة أو المسافة ما يمنع الانتفاع ، سقط الأجر بقدر مدة المنع ، وذلك بأن يغصبه غاصب أو يحدث فيه مرض ، أو إباق ، أو يغرق الأرض ، أو ينقطع عنه الشرب ، لأنا أقمنا تسليم المحل قائماً مقام تسليم المنفعة المستحقة بالعقد بسبب التمكين من الانتفاع ، فإذا فات التمكين ، فات التسليم ، فينفسخ العقد بقدره ، فإن اختلفا بعد انقضاء المدة في تسليم ما استأجر في مدة الإجارة ، فالقول قول المستأجر مع يمينه ؛ لأن الآجر يدعي عليه تسليم المعقود عليه ، وتأكد الأجر ، وهو ينكر ، والبينة بينة الآجر ؛ لأن بينة الآجر تثبت التسليم ، وتقرر الأجر له على المستأجر ، وبينة المستأجر تنفي ذلك .

ولو اتفقا على أنه سلم في أول المدة ، أو المسافة ، واختلفا في حدوث العارض ، فقال المستأجر : عرض لي ما منعني عن الانتفاع به من مرض ، أو غصب ، أو إباق ، وجحد المؤاجر ذلك ، فإن كان ذلك العارض قائماً عند الخصومة ، فالقول قول المستأجر مع يمينه البتة ، وإن لم يكن قائماً ، فالقول قول المؤاجر مع يمينه على علمه ؛ لأن في الفصل الأول الظاهر شاهد للمستأجر ، وفي الفصل الثاني الظاهر شاهد للمؤاجر ، وإنما يحلف المستأجر البتة ؛ لأنه يحلف على فعل نفسه ، وهو التسليم ، وإنما يحلف المؤاجر على العلم ؛ لأنه يحلف لا على فعل نفسه ، وإن اتفقا على حدوث المانع ، واختلفا في مدة بقاء المانع ، فالقول قول المستأجر ؛ لأن القبض الأول قد انقطع بحدوث العارض ، فكان هذا خلافاً في ابتداء القبض ، فيكون فيه قول المستأجر .

قال في « المنتقى » : عن أبي يوسف رحمه الله : المستأجر إذا جاء بالعبد المستأجر

مريضاً، أو قتل، أو أبق، وأقام رب الدابة البينة أنه عمل كذا وكذا، وأقام المستأجر بينة أنه كان أبق يوم كذا، أو كان مريضاً؛ فالبينة بينة رب العبد؛ لأنها هي المثبتة.

١٣٧٤٥ - وفي الأصل: رجل تكارى من رجل منزلاً، فقال: دونك المنزل، فانزله، معناه بالفارسية: اينك خانه، درآي فرود آمدن فرود آي وبنشين، إلا أنه لم يفتح الباب حتى رأس الشهر، وطلب صاحب المنزل الأجر، وقال المستأجر: لم تفتحه لي، ولم أنزله، فإن كان يقدر على فتحه، فالكراء واجب، وإن كان لا يقدر على فتحه، لا يجب الكراء، وذلك لأنه متى كان قادراً على فتحه وقد خلى الآجر بينه وبين الدار، فقد أتى بالتسليم المستحق عليه؛ لأن التسليم المستحق عليه بحكم العقد تسليم يتمكن المستأجر من تسلمه، وقد تمكن المستأجر من تسلمه بهذه التخلية التي وجدت من الآجر، فكان آتياً بالتسليم المستحق عليه، فتأكد عليه البدل، كالمنكوحة إذا خلى بها زوجها وهو ممن يقدر على الجماع، فإنه يجب المهر، وإن لم يوجد الجماع، وكالبائع إذا خلى بين المبيع وبين المشتري، فإن المشتري يصير قابضاً له، وإن لم يقبضه حقيقة؛ لأنه يتمكن من قبضه بهذه التخلية، كذا هنا.

وإن كان لا يقدر على فتحه فلا أجر عليه؛ لأنه لم يأت بالتسليم المستحق عليه بالعقد؛ لأن المستأجر لم يتمكن من التسليم بهذه التخلية إذا كان لا يقدر على فتحه. وبدون التسليم لا يستحق الأجر، وكان كالمنكوحة إذا خلى بها زوجها، وهي بحال لا يتمكن الزوج من جماعها، بأن كانت رتقاء أو حائضاً أو نفساء، فإن المهر لا يتأكد بهذه التخلية؛ لأن التسليم لم يوجد، كذا هنا.

ومعنى القدرة المذكورة في الكتاب: القدرة على الفتح من غير مؤنة يلزمه، حتى لو لم يقدر على الفتح إلا بمؤنة تلزمه لا تعتبر القدرة.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: وكسر الغلق ليس بشيء، حتى لا يكون للآجر أن يحتج على المستأجر، فيقول: هلا كسرت الغلق، ودخلت الباب.

١٣٧٤٦ - وإذا استأجر داراً سنة، فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر، وقد طلب التسليم، ثم مكنه؛ فليس للآجر أن يمنع المستأجر من القبض، وليس للمستأجر أن يمتنع

من القبض في باقي المدة ؛ لأن الإجارة عندنا في حكم العقود[1] المتفرقة ، يتجدد انعقادها بسبب حدوث المنافع ، ففوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في إثبات الخيار في عقد آخر .

قالوا : هذا إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في الإجارة لأجله ، فأما إذا كان ، فإذا لم يسلم إليه في الوقت الذي يرغب في الإجارة لأجله ، يتخير في قبض الباقي ، ولو سلم الدار إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع الآجر ، رفع عنه الأجر بحساب ذلك ؛ بخلاف ما إذا انهدم بيت منها أو حائط منها ، وسكن المستأجر في الباقي ، حيث لا يسقط شيء من الأجر - والله أعلم بالصواب - .

---

(١) وفي م : المعقود .

رحى اليد، ويقال بالفارسية: دست آس، ثم قال: والعبد وغير العبد في ذلك سواء في القياس في الإجارة والعارية في الإجارة يجب على رد المال، وفي العارية يجب مؤنة الرد[1] على المستعير.

قال مشايخنا رحمهم الله: وتأويل هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال في الإجارة والعارية، ففي الإجارة يجب مؤنة الرد على رب المال، وفي العارية يجب مؤنة الرد على المستعير، فإن حصل الإخراج بغير إذن رب المال فمؤنة الرد على أنه أخرجه مستعيراً كان أو مستأجراً؛ لأنه صار غاصباً بالإخراج، ومؤنة الرد على الغاصب.

١٢٧٤٩- قال ابن سماعة رحمهما الله في نوادره عن محمد رحمه الله: رجل استأجر من آخر دابة أياماً معلومة يركبها في المصر، فانقضت الأيام، فأمسكها في منزله، ولم يجئ صاحبها بأخذها، فنفقت الدابة؛ فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد في هذا الإمساك، فإن على رب الدابة أن يجيء فيقبضها، فلو أن المستأجر ساق الدابة ليردها على المؤاجر في منزله مع أنه ليس عليه الرد، وهلكت في الطريق، فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر، وذهب عبد الرجل بالدابة يردها على المالك؛ فهلكت في الطريق، فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر، وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك، فهلكت في الطريق، كان عليه الضمان، ويصير بالإخراج عن البلد غاصباً.

ولو استأجرها من موضع مسمى إلى موضع مسمى يذهب عليها ويجيء، فإن على المستأجر أن يردها إلى الموضع الذي استأجرها فيه، وهذا الشرط معتبر، وهو بمنزلة بيان مكان الإيفاء في السلم[2]، فإن ذهب بها إلى منزله، وأمسكها ضمن إذا هلكت؛ لأنه متعد في الذهاب بها إلى منزله، وفي إمساكه إياها في منزله.

ولو قال: اركبها إلى موضع كذا، وترجع إلى منزلي، فليس على المستأجر أن يردها إلى المكان الذي استأجرها فيه، وعلى الآجر أن يأتي منزل المستأجر ويقبضها منه.

---

(١) هكذا في الأصل.

(٢) وفي الأصل: بمنزلة بيان مكان الإيفاء في السلم، فإن في السلم فإن وجب ... إلخ

١٣٧٥٠- وفي المنتقى: (١) استأجر دابة ويردها إلى منزل المؤاجر، وأدخلها مربطها فربطها، أو أغلق عليها، فلا ضمان عليه، يعني إذا هلكت، أو ضاعت، كالشيء يغصب من صاحبه، إذا ردت عليه، فهذا مثل المستأجر سواء، ولو أدخلها دار صاحبها، أو أدخلها مربطها، ولم يربطها، ولم يغلق عليها، فهو ضامن، يعني إذا هلكت، أو ضاعت، وسيأتي بعض هذه المسائل في فصل إجارة الدواب - والله أعلم بالصواب -.

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل، ولم يردها إلى المستأجر وأدخلها [illegible] إلخ.

الفصل الرابع عشر
في تجديد الإجارة بعد صحتها، والزيادة فيها

٢٣٧٥١ - وتجوز الزيادة في الأجر والمستأجر في المعقود عليه، أو في المعقود به، فهذا على وجهين: إن كانت الزيادة مجهولة لا تجوز الزيادة، سواء كانت الزيادة من الآجر أو من المستأجر، وإن كانت الزيادة معلومة إن كانت من جانب الآجر يجوز، سواء كانت الزيادة من جنس ما أجر أو من خلاف جنس ما أجر، وإن كانت الزيادة من جانب المستأجر إن كانت الزيادة من جنس ما استأجر لا يجوز، لأنه تلك منفعة بمنفعة من جنسها، وإنه باطل عندنا، وإن كانت من خلاف جنس ما استأجر يجوز؛ لأنها قابلت منفعة بمنفعة بخلاف جنسها، وأنه جائز، كذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله [illegible] في شرح كتاب الصلح.

إبراهيم عن محمد رحمهما الله: استأجر من آخر أرضاً بأكرار حنطة، فزاد رجل المؤجر فأراد أن يؤاجره الثاني منه، فطلب المستأجر الأول فزاده كراً أيضاً، وجدد الإجارة، فالإجارة هي الثانية، وانفسخت الأولى بمقتضى تجديد الثانية.

وذكر هذه المسألة عن أبي يوسف رحمه الله ووضعها فيما إذا زاد المستأجر الأول على المستأجر الثاني في الأجر، ووضعها في رب الدار يجيزه بالزيادة وبالأجر الأول، وذكر أن الإجارة الأولى لا تنتقض، وهذه زيادة زادها في الأجر.

ووفق بينهما المشايخ: أن صاحب الدار إذا جدد الإجارة تنتقض الأولى، وإذا لم يجدد لا تنتقض الأولى، وتكون الثانية زيادة الأولى.

٢٣٧٥٢ - عن محمد رحمه الله: إذا أجر رجلاً ليعمل له عملاً مسمى بأجر معلوم، ثم أمره في خلال الشهر بعمل آخر مسمى بدرهم مثلاً، فالإجارة الثانية فاسخة للإجارة الأولى بالقدر الذي دخل في الإجارة الثانية، حتى لا يكون له أجر تام، بل يرفع عنه بحصة ذلك العقد، فإذا فرغ من العمل الثاني لزمه أجره، وذلك درهم، ونحوه

بالإجارة الأولى - والله أعلم بالصواب .

الفصل الخامس عشر
في بيان ما يجوز من الإجارات وما لا يجوز

هذا الفصل مشتمل على أنواع: نوع يفسد العقد فيه لمكان الجهالة:

١٣٧٥٣ قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا استأجر قدرًا بعينه ليطبخ فيه اللحم، فإن بين الوقت، بأن قال: يومًا، أو بين مقدار اللحم يجوز، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة، فكذا في إجارة الموازين والمكاييل، ينبغي أن يبين المدة، أو مقدار ما يكيله، أو يزنه به، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة. قال في «الأصل»: إذا استأجر الرجل نصيبًا من دار غير مسمى، بأن قال لغيره: استأجرت منك نصيبك من هذه الدار، أو من هذا العبد، أو من هذه الدابة، ولم يبينا نصيبه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: يجوز، إذا علم بالنصيب بعد ذلك، وهو قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يشكل أنه لا يجوز؛ لأن المستأجر مشاع مجهول، فإن النصيب مجهول لا يدرى أنه ثلث أو ربع أو نصف، ولهذا قال: لو باع نصيبًا من دار، والمشتري لا يعلم لا يجوز البيع لجهالة المبيع، فكذا أن المستأجر مشاع مجهول، ولو كان مشاعًا معلومًا، بأن أجر النصف أو الثلث لم يجز عنده، فإذا كان مشاعًا مجهولا أولى أن لا يجوز.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا يشكل أنه يجوز؛ لأن جهالة النصيب عند المشتري لا تمنع جواز البيع عنده، حتى قال: إذا اشترى نصيبًا من دار، ولم يعلم مقداره جاز، وله الخيار إذا علم بالنصيب بعد ذلك، فلا يمنع جواز الإجارة أيضًا، فإذا لم يجز أن يمنع الجواز لأجل هذه الجهالة على مذهبه، بقي بعد ذلك مجرد الشيوع؛ والشيوع غير مانع من الإجارة، وإنما الإشكال على قول محمد رحمه الله، وذلك لأن جهالة النصيب عنده تمنع جواز البيع، فيجب أن يمنع جواز الإجارة أيضًا.

وإن كان الشيوع لا يمنع الجواز على مذهبه، ولكن من مشايخنا من قال: بأن قول محمد ههنا ملحق بقول أبي حنيفة رحمه الله لا بقول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه كما ذكر

قول محمد رحمه الله عقيب قول أبي يوسف رحمه الله ، فقد ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله ، فيحلق قوله بقول أبي حنيفة رحمه الله أن لا تجوز هذه الإجارة على قول أبي حنيفة ، وهو قول محمد رحمه الله ، فعلى هذا لا يثبت الرجوع عن محمد رحمه الله في البيع .

ومنهم من قال : قول محمد رحمه الله ملحق بقول أبي يوسف رحمه الله ، يعني تجوز الإجارة على قوله ، واختلفوا فيما بينهم ، منهم من أثبت رجوع محمد رحمه الله عما ذكر في البيع ؛ لأن جهالة النصيب إذا لم تمنع جواز الإجارة لا تمنع جواز البيع ، ومن من لم يثبت رجوع محمد رحمه الله عن فصل البيع ، وفرق على قوله بين الإجارة والبيع .

والفرق وهو أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة في حق المنافع ، والأجر ، تجب عند استيفاء المنافع ، وعند استيفاء النصيب معلوم ، فأما البيع ينعقد حال وجوده ، والمبيع حال وجود البيع مجهول ، فلا يجوز .

قال : رجل استأجر أرضاً ، ولم يذكر أنه يزرعها ، أو ذكر أنه يزرعها ، ولكن لم يذكر أي شيء يزرعها ، فالإجارة فاسدة ، أما إذا لم يذكر أنه يزرعها ، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه ؛ لأن الأرض تستأجر تارة للزراعة ، وتارة للبناء والغرس ونحوهما ، ولا رجحان للبعض على البعض ، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوماً .

وكذلك إذا ذكر أنه يزرعها ، إلا أنه لم يبين أي شيء يزرعها ، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه ؛ لأن الأرض تستأجر لزراعة الحنطة ، وتستأجر لزراعة الشعير ، وتستأجر لزراعة الذرة والأرز ، ويتفاوت ذلك في حق الأرض تفاوتاً فاحشاً ، فما لم يبين شيئاً من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوماً ، فإن زرعها نوعاً من هذه الأنواع ، ومضت المدة ، فالقياس أن يجب أجر المثل ؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد .

وفي الاستحسان : يجب المسمى ، وينقلب العقد جائزاً ؛ لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال ، والإجارة بعد في الانعقاد ، فصار ارتفاع الجهالة في هذه الحالة ، وارتفاعها لدى العقد سواء ، فيجوز العقد .

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى بغداد ليحمل عليها ، ولم يذكر أي شيء يحمل عليها ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن الأحمال متفاوتة ، فإن اختصما قبل أن يحمل عليها شيئاً

أبطل القاضي الإجارة؛ لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، وإن حمل عليها ما يحمل الناس على مثلها، وهلكت في الطريق، فلا ضمان؛ لأنه حمل عليها بإذن صاحبها، وإن بلغ ذلك المكان المسمّى، فعليه أجر المثل قياسًا، والمسمى استحسانًا، وقد مرّ وجه القياس والاستحسان في المسألة المتقدمة.

١٣٧٥٤-قال: وإذا استأجر الرجل إبلا إلى مكة ليحمل عليها محملا فيه رجلان، وما يصلحهما من الوطاء والدبر، وقد رأى المكاري الرجلين، ولم ير الوطاء والدبر، فهو فاسد قياساً لجهالة المحمول، وفي الاستحسان: يجوز، وينصرف ذلك إلى ما يحتاج إليه مثلهما في طريق مكة من الوطاء والدبر، وذلك معلوم عرفًا فيما بينهم، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، وكذلك إذا استأجر زاملة يحمل عليها كذا كذا من الدقيق والسويق، وما يصلحهما من الخل والزيت، وتعلق به من المعاليق من المطهرة وما أشبها، ولم يبين شيئًا من ذلك، فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

وإذا استأجر إبلا أو حمارًا ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار الحنطة، ولا أشار إليها، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه من كتاب الإجارات: أنه لا يجوز، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرحه: أنه يجوز، وينصرف إلى المعتاد، وهذا القول أشبه بمسألة المحمل والزاملة.

١٣٧٥٥-وقال محمد رحمه الله في كتاب الإجارات: إذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسمّ كم يطحن عليها كل يوم جاز؛ لأنه بين جنس العمل إلا أنه لم يبين مقداره، وبيان جنس العمل يكفي لجواز الإجارة، وله أن يطحن عليها مقدار ما تحمل الدابة، وتطيق، وما يطحن مثلها قدرًا في العرف، قال: وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها جاز، وله أن يحمل عليها قدر ما تحتمل.

١٣٧٥٦-قال: رجل استأجر دارًا أو بيتًا، ولم يسم الذي يريدها له، القياس أن تفسد الإجارة، وفي الاستحسن لا تفسد، وجه القياس أن المقصود من الدار والبيت الانتفاع، ووجوه الانتفاعات مختلفة متفاوتة، قد تكون من حيث السكنى، ووضع الأمتعة، وقد تكون من حيث الحدادة والقصارة، فلا تجوز ما لم يبين شيئًا من ذلك، كما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها، أو استأجر للركوب، ولم يبين من

يركب.

وجه الاستحسان: أن المعقود عليه معلوم عرفًا، وهو السكنى؛ لأن البيت عرفًا يبنى، ويؤاجر للسكنى، فينصرف مطلق العقد إليه، لما عرف أن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، فكأنه استأجر دارًا أو بيتًا للسكنى، ولو صرح بذلك أليس أنه يجوز، وإن لم يبين من يسكن؛ لأن السكنى مما لا يقع فيه التفاوت بين ساكن وساكن، بخلاف ما إذا استأجر دابة للحمل أو الركوب، ولم يبين ماذا يحمل، ومن يركب؛ لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص غير معلوم عرفًا لينصرف مطلق العقد إليه، بل الكل متعارف، والحمل والركوب مما يقع فيه التفاوت، فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا، فلا يحكم بجواز الإجارة.

وإذا دفع الرجل إلى سمسار درهمًا، وأمره أن يشتري له كذا وكذا على أن يكون الدرهم المدفوع إليه له، أو دفع إليه ثوبًا وأمره أن يبيعه، ويكون هذا الدرهم له، أو استأجر الرجل رجلًا آخر ليبيع له، أو يشتري له، فهذا فاسد؛ لأن البيع والشراء قد يتمان بكلمة واحدة، وقد يتمان بكلمات، فكان المعقود عليه مجهولًا.

والحيلة في ذلك من وجهين. أحدهما أن يستأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له ويشتري؛ لأن المعقود عليه في هذه الصورة المنفعة، ولهذا يستحق الأجر متى سلم نفسه، وقد صارت المنفعة معلومة ببيان الوقت.

الثانية: أن يأمره أن يبيعه ويشتري ولا يشترط له شيئًا، فيكون معينًا له، ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل بمثل ذلك الأجر؛ لأن هذا استعانة ابتداء، وإجارة انتهاء، ولهذا قال مشايخنا رحمهم الله: يجبر على إعطاء العوض إذا امتنع، ثم في السمسار وجميع ما كان فاسدًا من ذلك، إذا باع واشترى، فله أجر المثل، لا يجاوز به المسمى، كما في سائر الإجارات الفاسدة، ويطيب له ذلك؛ لأنه بدل عمله، فيطيب له كما تطيب قيمة المبيع فيما في البيع الفاسد عند عجز المشتري عن رد المبيع؛ لأنه بدل ملكه، لكن يأثم بمباشرة هذا العقد؛ لأنه معصية.

١٣٧٥٧ - وإذا استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلى أرض له، أو إلى رحى ماء له، أو استأجر مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه، أو استأجر منزلًا ليبيت في فسطاطه، أو

بالوعته ليصب فيها بوله والنجاسات لا تجوز ؛ لأن المعقود عليه مجهول .

أما في الفصل الأول فلأنه لا يمكنه إجراء الماء في كل النهر ؛ لأن النهر لا يستحمل ذلك ، فلا بد من أن ينقص شيئًا ، وقدر ما ينقص مجهول ، فيصير الباقي مجهولاً ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد إذا لم يكن للناس فيه تعامل ، تخرج على هذا الدخول في الحمام بأجر حيث يجوز مع جهالة المعقود عليه ؛ لأن للناس فيه تعامل ، وأما فيما عدا ذلك من الفصول فلأن ما يسيل من الماء[1] الميزاب قد يقل ، وقد يكثر .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : الحرف المعتمد في جنس هذه المسائل أن الإجارات جوزت بخلاف القياس لحاجة الناس ، وهذه ليست من إجارات الناس ، فيعمل فيها بالقياس ، وروي عن محمد إذا استأجر موضع أرض معروف ليسيل ماءه ، فهو جائز ، كأنه ذهب إلى أن المانع من جواز العقد الجهالة ؛ لأنه لا يدري كم يأخذ الماء من النهر ، ومن السطح ، وإذا عيّن الموضع جاز .

١٣٧٥٨ - ولو استأجر ميزابًا ليركبه في داره جاز ، ولو استأجره وهو في الحائط ليسيل الماء فيه لم يجز ؛ لما قلنا ، وإذا استأجر موضعًا من حائط ليضع عليه جذعًا ، أو استأجر موضع كوة من الحائط يثقبها ليدخل عليه منها الضوء والريح ، أو استأجر حائطًا ليبني عليه سترة ، أو استأجر موضع وتد في الحائط ليعلق به الأشياء ، أو استأجر موضع ميزاب في حائط لا يجوز ، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا : إنما لا يجوز إذا لم يبين موضع البناء والجذع والكوة والوتد حتى يكون المعقود عليه مجهولاً ، أما إذا بيّن ذلك يجوز ، ومنهم من قال : إنما لا يجوز إذا لم يبين مقدار الجذع والكوة والوتد حتى لا يجوز لمكان الجهالة ، أما إذا بين جاز ، ومنهم من قال : لا يجوز على كل حال ، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه ، والمعنى ما ذكرنا أنه ليس من إجارات الناس

١٣٧٥٩ - وإذا استأجر موضعًا معلومًا من الأرض ليتد فيها الأوتاد يصلح بها الغزل كي ينسج جاز ؛ لأنه من إجارات الناس ، ولو استأجر حائطًا ليتد فيه الأوتاد فيصلح عليها الإبريسم لينسج به شعرًا أو ديباجًا لا يجوز ، كذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله ؛ لأنه ليس من إجارات الناس ، وفي عرف ديارنا ينبغي أن يجوز ؛ لأن الناس

---

(١) هكذا في ط ، وكان في الأصل و م : من الماء والميزاب .

تعاملوا ذلك في الفصلين جميعًا .

١٢٧٦٠ - وإذا تكارى دابة إلى بغداد على أنه إن بلغه إليها ، فله رضاه ، يعني ما يرضى من الأجر ، فالإجارة فاسدة لجهالة البدل ، وكذلك إذا استأجرها بحكمه ، أو بحكم صاحب الدابة .

فإن قيل : جهالة البدل إنما توجب فساد الإجارة إذا لم يكن الخيار مشروطًا لصاحب البدل ، فأما إذا كان مشروطًا له فلا ، ألا ترى أن من قال لغيره : أجرت منك هذه الدابة إلى بغداد بهذين العبدين على أنك بالخيار ، تأخذ أيهما شئت ، وترد الأجر جائز ، والأجر مجهول ، ولكن لما شرط الخيار لصاحب البدل ، لم يمنع ذلك جواز الإجارة .

قلنا : هذا إذا كان جنس البدل معلومًا ، وهنا جنس البدل مجهولا ، فإن قال : رضاي عشرون ، لا يزاد على العشرين ؛ لأن المنافع لا تتقوم بدون التسمية ، وقد سمى عشرون ، فإذا قومها بهذا القدر لا يزاد عليه ، ولأنه أبرأه عن الزيادة لما قال : رضاي عشرون ، وينقص عن العشرين ؛ لأنه لم يشترط لصاحب البدل مع العشرين منفعة أخرى ، وفي مثل هذه الإجارة ينقص عن المسمى لما بيّن بعد هذا - إن شاء الله - .

وكذلك إذا تكارى دابة بمثل ما يتكارى به أصحابه ، كانت الإجارة فاسدة ، قالوا : وهذا إذا لم يكن ما يتكارى أصحابه مثل هذه الدابة معلومًا ، بل كان مختلفًا ، بأن كان ذلك بعض أصحابه يكري مثل هذه الدابة بالعشرة ، وبعضهم يكري بأقل من ذلك ، وبعضهم بأكثر من ذلك ، فأما إذا كان ذلك معلومًا بأن كان أصحابه يتكارون مثل هذه الدابة بعشرة لا يزيدون ولا ينقصون ، وقد عرف ذلك ، كان العقد جائزًا ، كما لو باع مثل ما باع فلان ، وكان ذلك معلومًا وقت العقد ، أو علم في مجلس العقد ، وهناك البيع جائز ، هكذا هنا ، وإن كان ذلك مختلفًا ، فعليه وسط من ذلك ، يريد به أن أجر مثل هذه الدابة يختلف باختلاف الأحوال ، قد يكون عشرة ، وقد يكون أكثر من عشرة ، وقد يكون أقل من عشرة ، فعليه الوسط من ذلك نظرًا من الجانبين ، ومراعاة لكلا الطرفين .

والله أعلم بالصواب - .

نوع آخر:

١٣٧٦١ - يفسد العقد فيه لمكان الشرط. قال محمد رحمه الله في «الأصل»: رجل استأجر من آخر عبداً شهراً بأجر مسمى على أنه إن مرض، فعليه أن يعمل بقدر الأيام التي مرض من الشهر[1] الداخل، لا تجوز هذه الإجارة؛ لأن ما شرط له من الشهر الداخل مجهولة لجهالة مدة المرض في الشهر القائم.

١٣٧٦٢ - رجل تكارى من رجل بيتاً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكنه يوماً ثم خرج فعليه عشرة دراهم، كانت الإجارة فاسدة؛ لأنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أنه شرط جميع بدل المعقود عليه بإزاء بعضه حال فوات الباقي، قبل القبض، والعقد لا يقتضي ذلك، وكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة على أنه إن هلك شيء منها قبل القبض فعليه الثمن كله، كان البيع فاسداً، وإنما كان فاسداً لمعنى الذي ذكرنا.

١٣٧٦٣ - وإذا تكارى دابة على أنه كلما ركب الأمير ركب هو معه، فهذا فاسد أيضاً لجهالة المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلوماً إلا بذكر المدة، أو بذكر المكان، ولم يوجد أحد هذين، فكان المعقود عليه مجهولاً، فلا يجوز.

١٣٧٦٤ - وإذا تكارى دابة بالكوفة إلى بغداد بخمسة دراهم إن بلغه، وإلا فلا شيء له: فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة، بيانه: أنه شرط أن لا يكون له أجر متى لم يبلغه، والعقد يقتضي وجوب الأجر بقدر ما سار، وإن لم يبلغه إلى بغداد.

١٣٧٦٥ - وفي «الأصل»: إذا استأجر أرضاً بدراهم مسماة، وشرط خراجها على المستأجر، فإن هذا لا يجوز، واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما إن كان الخراج خراج مقاسمة كلها بأن كان الخراج نصف ما تخرجه الأرض، أو ما أشبهه، أو بعضها، بأن كان وظيفة كل جريب درهم وسدس ما يخرج منها، أو ما أشبهه، أو كان الخراج خراج وظيفة كلها، بأن كانت وظيفة كل جريب درهماً، فإن كان الخراج خراج مقاسمة كلها أو بعضها، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن خراج المقاسمة على

---

(١) وفي «الأصل»: «مرض فيها من الشهر».

المؤاجر عنده، فإذا شرطه على المستأجر، فقد جعله أجرة، وأنه مجهول كله أو بعضه؛ لأن مقدار ما يخرج من الأرض مجهول.

أو نقول: شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين وهو الآجر فيه نفع، فإن أداء الخراج لا ينفك عن ثلث ومؤنة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد.

وعندهما يجوز العقد؛ لأن عندهما خراج المقاسمة على المستأجر، فقد شرطا شرطًا يقتضيه العقد، فلا يفسد به العقد، وإن كان الخراج خراج وظيفة عليه، فالعقد جائز بلا خلاف بين العلماء؛ لأن خراج الوظيفة معلوم، فيكون الأجرة معلومة.

ومن مشايخنا رحمهم الله من قال: ينبغي أن لا يجوز، وإن كان الخراج خراج وظيفة؛ لأن النقصان من وظيفة عمر رضي الله عنه جائز إن كانت الأرض لا تطيق ذلك بالإجماع، وقدر ما ينقص مجهول لا يعرف، ولأن خراج الوظيفة على الآجر بالإجماع، فإذا شرطا ذلك على المستأجر فقد شرطا شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين وهو الآجر فيه منفعة، فيفسد به العقد.

١٣٧٦٦- ولو كانت أرضًا عشرية فآجرها، وشرط العشر على المستأجر جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن العشر عندهما على المستأجر، فقد شرط شرطًا يقتضيه العقد، فلا يوجب فساد العقد، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن العشر عنده على المؤاجر، فإذا شرط ذلك على المستأجر فقد جعله أجرة، وإنه مجهول، وشرط شرطًا لا يقتضيه العقد، فيوجب فساد العقد.

١٣٧٦٧- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل استأجر أرضًا بدراهم على أن يكربها ويزرعها، أو يسقيها ويزرعها، فهذا جائز؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد، فإن العقد يقتضي السقي والكراب؛ لأن العقد عقد مزارعة، ولا ينتفع بالأرض من حيث الزراعة عادة إلا بالسقي والكراب.

وإن شرط عليه أن يثنيها، ويكري أنهارها أو يسرقنها، فهو فاسد، واختلفوا في تفسير التثنية، قال بعضهم: أن يردها مكروبة، فإن كان تفسيره هذا، فهو شرط مخالف للعقد؛ لأنه شرط تعود منفعته إلى رب الأرض بعد انتهاء الإجارة، وقال بعضهم: تفسير التثنية أن يكربها مرتين، ثم يزرعها، فإن كان تفسيره هكذا، فالفساد مختص بديارهم؛

لأن في ديارهم يخرج الأرض ريعًا تامًا بالكراب مرة، وكذا في ديار بخارى، فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، وهو رب الأرض؛ لأن منفعة الكراب تبقى بعد مدة الإجارة، فيوجب فساد العقد حتى لو كانت لا تبقى لا يفسد العقد.

وأما إذا كانت الأرض في بلدة تحتاج إلى تكرار الكراب، فاشتراط الثنية لا تفسد العقد؛ لأنه يكون من مقتضيات العقد.

وكذلك إذا اشترط عليه أن يسرقنها، فإن كان السرقين من عند المستأجر، فقد شرط عليه عينًا من ماله، وإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني يفسد العقد؛ لأنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، وهو الآجر، وإن كان لا يبقى منفعة إلى العام القابل لا يفسد العقد.

١٣٧٦٨ - وذكر شيخ الإسلام في شرح الإجارات: إذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة، فإن كان شرط أن يردها مكروبة بكراب في مدة الإجارة، فالعقد فاسد؛ لأن وقت الكراب مجهول، فقد يكون يومًا، وقد يكون يومين أو ثلاثة، وذلك الوقت مستثنى من الإجارة؛ لأن المستأجر فيه عامل لرب الأرض، فيوجب جهالة مدة الإجارة، فتفسد الإجارة.

وإن شرط أن يردها مكروبة بكراب يكون بعد الإجارة، فالمسألة على وجهين: إما إن قال صاحب الأرض: أجرتك هذه الأرض بكذا، وبأن تكربها بعد مضي المدة، ففي هذا الوجه الإجارة جائزة. وأما إذا قال: آجرت بكذا على أن تكربها بعد انقضاء مدة الإجارة، ففي هذا الوجه العقد فاسد، وإن أطلق الكراب إطلاقًا ينصرف إلى الكراب بعد العقد ويصح العقد، ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكرنا هنا، ولا يظن به رحمه الله أنه قال ذلك من رأيه، فالظاهر أنه ذكر على رواية أخرى بخلاف ما ذكر ههنا.

١٣٧٦٩ - وكذلك إذا شرط كري الأنهار على المستأجر يفسد العقد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد على المستأجر؛ لأن قضية العقد أن يكون على الآجر؛ لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، فيكون على الآجر، فاشتراطه على المستأجر يخالف مقتضى

العقد، ومن مشايخنا رحمهم الله من فرّق بين الجداول والأنهار، فقال: اشتراط كري الجداول صحيح؛ لأنه لا يبقى أثره بعد مضي السنة، أما أثر كري الأنهار، يبقى بعد مضي السنة، فيصير الأجر شارطًا عليه عملًا يختص هو بمنفعته، والأول أصح.

١٢٧٧٠ - وإذا تكارى دارًا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها، فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللمؤاجر فيه منفعة، فإن المستأجر إذا لم يسكن الدار لم يمتلئ بئر الوضوء والمخرج، وإذا سكن يمتلئ ذلك، والتصريح على رب الأرض، فيتضرر، فكان في هذا الشرط منفعة لرب الأرض من هذا الوجه، وقال: فيمن استأجر دارًا، وشرط على المستأجر أن يسكن هو بنفسه، ولا يسكن معه غيره، أن الإجارة جائزة، وللمؤاجر في هذا الشرط فائدة؛ لأنه متى يسكن معه غيره، يمتلئ بئر المخرج، والوضوء، أسرع مما يمتلئ لو سكن هو وحده، ومع هذا جوز العقد في هذه الصورة، ولم يجوز في الصورة الأولى، قال الشيخ الإمام رحمه الله في شرحه: لا بد من التأويل إذ لا يحسن بينهما فرق، فنقول: تأويل الصورة الثانية أنه لم يكن في الدار بئر بالوعة، ولا بئر وضوء، ومتى لم يكن فيها بئر، فلا منفعة للمؤاجر في هذا الشرط؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن ما يجتمع على ظاهر الدار، فإخراج ذلك على المستأجر، وكثرة السكان لا توهن البناء، ولا تفسده.

وتأويل الصورة الأولى: أنه كان في الدار بئر وضوء وبئر بالوعة، وإذا كان كذلك كان لرب الدار في هذا الشرط نوع منفعة، وأنه شرط لا يقتضيه العقد، فأوجب فساده، ثم إذا فسدت الإجارة في هذه الصورة أعني في الصورة الأولى، فسكن فيها المستأجر، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

رجل تكارى من رجل دارًا كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو بنفسه، وأهله على أن يعمر الدار ويرم ما كان فيها من خراب، ويعطي أجر حارسها، وما نابتها من نائبة من جهة سلطان أو غيره، فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل بعض الأجر مجهولًا جهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ لأنه متى لم توجد النائبة ولم يخرج شيء من الدار حتى لم يحتج إلى المرمة، لا يدري بأي قدر يعطيه، وجهالة الأجر وإن قلت يوجب فساد الإجارة.

قالوا : وهذا الجواب صحيح في العمارة والنوائب ؛ لأن العمارة والنوائب على رب الدار ، وأنها مجهولة في نفسها ، فصار هو بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولاً ، فأما أجر الحارس فهو على الساكن ، فلا يكون بهذا الشرط شارطًا لنفسه شيئًا مجهولاً ، فلا يفسد العقد ، فإن لم يسكنها ، فلا أجر عليه ؛ لأن الإجارة فاسدة ، والأجر في الفاسد من الإجارات لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة ، وإن سكنها فله أجر مثلها بالغًا ما بلغ ، يجاوز بها المسمى المعلوم .

والأصل أن العقد إذا فسد مع كون المسمى كله معلومًا لمعنى آخر يجب أجر المثل ، ولا يزاد على المسمى حتى إن المسمى إذا كان خمسة ، وأجر المثل عشرة ، يجب خمسة لا غير ، وهذا لأن المنافع عندنا غير متقومة بنفسها ، وإنما يثبت لها حكم التقوم بالعقد ، وقد قوّمها بالعقد بقدر التسمية ، وأمكن اعتبار التسمية إذا كان المسمى معلومًا كله ، فما زاد عليه بقي غير متقومة على ما كانت في الأصل ، وإذا فسد العقد لجهالة المسمى ، أو لعدم المسمى يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ ، حتى إن المسمى إذا كان خمسة ، وأجر المثل عشرة يجب عشرة ؛ لأنه لا يمكن تقويم المنافع في هذه الصورة بالمسمى ، فأوجبنا قيمته بالعقد بالغًا ما بلغت ، وكذلك إذا كان المسمى بعضه مجهولاً وبعضه معلومًا ، كما في مسألة المرمة والنائبة يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ ؛ لأنه لا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى ؛ لأنه بعضه مجهول ، ولا يمكن تقدير القيمة بقدر المعلوم ؛ لأنهما ما قوّماه به فحسب ، وإنما قوماها به وبالزيادة ، وإذا تعذر تقويمها بجميع المسمى وبالقدر المعلوم ، أوجبنا قيمتها بالغة ما بلغت .

وهذا هو الكلام في طرف الزيادة على المسمى ، وأما الكلام في طرف النقصان عن المسمى نقول : إذا كان المسمى كله معلوم القدر ، وفسد العقد بسبب آخر من الأسباب ينقص عن المسمى حتى إنه إذا كان أجر المثل خمسة والمسمى عشرة ، يجب فيه خمسة ، وإذا كان المسمى بعضه مجهولاً ، وبعضه معلومًا ، لا ينقص عن القدر المعلوم حتى إن في مسألة النائبة والمرمة إذا كان أجر المثل خمسة يجب عشرة ، وهو القدر المعلوم من المسمى ، وهذا لأن قضية القياس فيما إذا كان المسمى كله معلوم القدر أن لا ينقص عن المسمى ؛ لأن قيمة المنافع تثبت بسبب التسمية ، فيجب التقدير بها ما أمكن ، كما في الجائز ، والتقدير بها ممكن إذا كان المسمى كله معلوم القدر ، فيجب التقدير بها إلا أنا

تركنا القياس لضرورة، وهو أن لا يقع التسوية بين الجائز والفاسد. ولا تجوز التسوية بينهما، وهذه الضرورة متلازمة فيما إذا كان المسمى بعضه معلومًا وبعضه مجهولًا؛ لأنا إذا أوجبنا مقدار المعلوم من المسمى. ولم ينقص عنه، لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن حكم الجائز أن يجب جميع المسمى، وإن كان بعض المسمى معلومًا، وبعضه مجهولًا، يجب بعض المسمى. وهو القدر المعلوم، ولا يجب شيء من المجهول، فلا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد.

١٣٧٧١ - وعن هذا قلنا: إن من استأجر دارًا ستة مائة على أن لا يسكنها حتى فسدت الإجارة لو سكنها، يجب أجر المثل، فإن كان أجر المثل أقل من مائة، يجب مائة؛ لأنا لو أوجبنا قدر المائة لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن فيه إيجاب بعض المسمى لا الكل؛ لأن المستأجر سكن الدار، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل. -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٣٧٧٢ - في قفيز الطحان، وما بمعناه صورة قفيز الطحان، أن يستأجر الرجل من آخر ثورًا؛ ليطحن به الحنطة على أن يكون لصاحبها قفيز من دقيقها، أو يستأجر إنسانًا ليطحن له الحنطة بنصف دقيقها، أو ثلثه أو ربعه، أو ما أشبه ذلك، وذلك فاسد؛ لأنه منهي عنه، روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن قفيز الطحان»[1]، وقال النبي ﷺ لرافع بن خديج في آخر حديث معروف: «لا يستأجر بشيء منه»، والمعنى فيه أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل الأجر بعض الدقيق الذي يخرج من عمله، وأنه معدوم في الحال حقيقة، وليس له حكم الوجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأن إنما يجب في الذمة ماله وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين، أو حكمًا كالثمن.

والحيلة في ذلك لمن أراد الجواز أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق الجيد، ولم يقل: من هذه الحنطة، أو يشترط ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد؛ لأن الدقيق إذا

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٥/٣)، والبيهقي في الكبرى (١٠٦٣١).

لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة، والأجر كما يجوز أن يكون عيناً مشاراً إليه يجوز أن يكون ديناً في الذمة، ثم إذا جاز حينئذٍ يعطيه ربع دقيق هذه الحنطة إن شاء، وإنما شرط أن يقال: ربع هذه الحنطة من دقيق الجيد ليكون الأجر معلوم القدر.

١٢٧٧٣- ولو استأجر حانوتاً بنصف ما يربح فيه، فالإجارة فاسدة: وكان على المستأجر أجر مثل الحانوت، وإنما فسدت الإجارة إما لأن ما يربح مجهول؛ أو لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله، فيكون في معنى قفيز الطحان.

١٢٧٧٤- وإذا دفع الرجل إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف، أو بما أشبه ذلك، فالإجارة فاسدة، إما لأنه في معنى قفيز الطحان لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله، أو لأن هذه الإجارة في الابتداء إن صادفت محلاً غير مشترك بينه وبين المستأجر، ففي الانتهاء صادفت محلاً مشتركاً، وهذا لأنه لا شركة في ابتداء العمل في المحل، ولكن يتم العمل والمحل مشترك؛ لأنه يجب بعض الأجر بعد العمل، ولو كان صادفت محلاً مشتركاً ابتداء وانتهاء، لم تنعقد الإجارة، ولم يجب الأجر لما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، فإذا صادف محلاً غير مشترك في الابتداء وصار مشتركاً في الانتهاء، لم يمنع انعقاد العقد، ومنع الجواز.

ومشايخ بلخ رحمهم الله كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وغيرهما كانوا يقولون بجواز هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس، ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان؛ لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره، فيكون وارداً دلالة، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك، وعملنا بالنص في قفيز الطحان، كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً. وتخصيص النص بالتعامل جائز، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، إذ الاستصناع بيع ما ليس عنده، ولكن قيل: تجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا تركاً للنص أصلاً؛ لأنا عملنا بالنص في غير الاستصناع.

قال: وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان، فإنه لا يجوز، ولا يكون تعاملهم عبرة؛ لأنا لو اعتبرنا تعاملهم كان تركاً للنص أصلاً؛ لأنه متى يمنع النص فيما

ورد فيه لا يجوز العمل بدلالته في غير ما ورد فيه، فيكون تركًا للنص أصلا، وبالتعامل لا يجوز ترك النص أصلا، وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة واحدة إن كان يجوز التخصيص، وترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع، فإنه وجد التعامل فيه في البلاد كلها، وإذا فسدت الإجارة، كان للحائك أجر مثل عمله، والثوب لصاحب الغزل.

قال: وكذلك الطعام يحمله الرجل في سفينة، أو على دابة بالنصف لا يجوز، ولا تجيء هنا العلة الأولى التي ذكرناها في الحائك أن الأجر معدوم؛ لأن الأجر ههنا موجود مشار إليه، وإنما تجيء العلة الثانية أن العمل من الابتداء يقع في شيء مشترك؛ لأنه بابتداء العمل يصير بعض الطعام ملكًا للعامل، فيتم العمل في محل مشترك فيه، وهذا يوجب الفساد إن كان لا يمنع الانعقاد.

١٢٧٧٥ - قال: وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا ليغرسها أشجارًا أو كرمًا من عنده نفسه على أن الأرض والأشجار بينهما نصفان، فالعقد فاسد؛ لأنه جعل نصف الأرض بمقابلة نصف الغرس بشرط أن يعمل في النصف الثاني، فيكون البيع مشروطًا في الإجارة، والإجارة مشروطة في البيع، فيكون صفقة في صفقة، وأنه منهي، والأشجار لصاحب الأرض، وعليه للغارس قيمة الأغراس، وأجر مثل عمله.

وإنما كانت الأشجار لصاحب الأرض؛ لأن صاحب الأرض اشترى نصف الأغراس شراء فاسدًا؛ لأن الأغراس مجهولة، وصار قابضًا لما اشترى حكمًا لاتصاله بأرضه، فصار ذلك النصف ملكًا له، والنصف الآخر بقي على ملك الغارس، وقد غرسه في ملك الغير إلا أنه تعذر عليه القلع؛ لأن نصيبه غير ممتاز عن نصيب صاحب الأرض، فلو قلع يتضرر به صاحب الأرض، وصاحب الأرض صاحب أصل، والغارس صاحب تبع، فيملك عليه نصيبه بالقيمة دفعًا للضرر.

فإن قيل: ينبغي أن يصير نصف الأرض ملكًا للغارس؛ لأنه اشترى نصف الأرض

بنصف الأغراس شراءً فاسداً، وقبضه حقيقة، فيصير مملوكًا له، وإذا صار نصف(١) الأرض مملوكًا للغارس كان نصف الأغراس الذي هو على ملكه مغروسة في ملكه، فلا يكون لصاحب الأرض عليه سبيل؟

قلنا: صاحب الأرض ما دفع الأرض إلى الغارس بحكم عقد فاسد، إنما دفع إليه الأرض ليغرسه، ثم جعل نصف الأرض له مغروسًا عوضًا عن الغرس، فلم تكن الأرض مقبوضة بحكم عقد فاسد قبل الغرس، فلهذا لم يملك نصف الأرض، فكان الكل مغروسًا على ملك رب الأرض، وقد غرس بإذنه، إلا أنه ما غرس مجانًا، فيجب للغارس قيمة الغرس، وأجر مثل عمله.

وفي شرح القدوري: وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها بالنصف، فإن نقل الطعام، ثم حمل عليها كان الأجر كله للمتقبل، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة، وإن آجر الدابة ليحمل عليها، فهو لرب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله.

وفي مضاربة الأصل: وإذا دفع الرجل إلى رجل آخر دابة ليعمل عليها، ويؤاجرها على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما، فأجرها، وأخذ غلتها، فإن جميع غلة الدابة تكون لصاحب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل؛ لأن تصحيح هذا العقد مضاربة متعذر؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة منافع الدابة، ومنافع الدابة مما يتعين في العقود، فلا يصلح رأس مال المضاربة منافع الدابة، وإذا تعذر جعلها مضاربة جعلناها إجارة، وأنها إجارة فاسدة لوجهين: أحدهما: أنه استأجر العامل ليؤاجر دابته بنصف أجر الدابة، وأنه معدوم غير واجب في الذمة، ولا عين مشار إليه، فصار في معنى قفيز الطحان، والثاني: أنه استأجره ليؤاجر دابته، ولم يبين لذلك مدة، وفي مثل هذا لا يجوز الإجارة، وإن كان البدل معلومًا، فلأن لا يجوز هنا، والبدل مجهول أولى، بعد هذا ينظر إن أجر العامل الدابة من الناس، وأخذ الأجر كان الأجر كله لرب الدابة؛ لأنه بدل منافع دابته، ألا ترى أنها لو هلكت قبل التسليم، بطلت الإجارة.

ألا ترى أنه لو حمل ذلك على دابة أخرى، وعلى ظهره لا يستحق الأجر، دل أن ما أخذ بدل منافع دابته، وقد أخذها بإذنه، فيكون له، وكان بمنزلة ما لو أمره ليبيع دابته

---

(١) وكان في الأصل: إذا صار نصف الأرض بنصف الأغراس مملوكًا.

على أن يكون نصف الثمن له، فباعها كان كل الثمن لصاحب الدابة؛ لأنه ثمن دابته كذا هنا. وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه ابتغى لعمله عوضاً فاشترط لنفسه نصف أجر الدابة، فيكون له أجر مثل عمله لما فسدت الإجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان العامل لا يؤاجر الدابة من الناس، وإنما يتقبل الأعمال من الناس ثم يستعمل الدابة في ذلك، فإن الأجر يكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل الدابة؛ لأنه إذا كان يتقبل الأعمال من الناس، فما يأخذ من الأجر يكون بدل عمله، لا بدل منافع دابته، ألا ترى لو هلكت الدابة في هذه الصورة قبل التسليم لا تبطل الإجارة.

ألا ترى أن له أن يحمل على دابة أخرى أو على ظهره، فعلم أن ما أخذ من الأجر بدل عمل العامل، فيكون له، وعليه أجر مثل الدابة؛ لأنه استعمل دابة الغير بإذنه ببدل مجهول.

١٢٧٧٦: قال: وإذا دفع الرجل إلى رجل بعيراً أو راوية ليستقي به الماء، ويبيع على ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فهذا فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد مضاربة؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة ما يتعين بالتعيين، وهو منافع الدابة، ولكن هذا إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف ثمن ما يبيع من الماء، وثمن ما يبيع من الماء مجهول، فكان الأجر مجهولاً؛ ولأنه جعل الأجر بعض ما يحصل من عمله، فكان في معنى قفيز الطحان، فلهذا نقول: وإذا استعمل البعير والراوية، وباع الماء كان الثمن كله للعامل؛ لأنه بدل الماء لا بدل منافع الدابة، ألا ترى أنه لو هلكت الدابة قبل التسليم لا يبطل البيع، ولو هلك الماء قبل التسليم يبطل البيع، دل أنه بدل الماء، والماء كان مملوكاً للعامل ملكه بالإحراز بالراوية، فكان الثمن بدل ملك العامل، فيكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل البعير والراوية، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى ما أخذ العامل، فهو بدل منافع الدابة، فيكون لصاحب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله على صاحب الدابة، وهكذا الجواب إذا أعطاه شبكة ليصيد بها على أن ما صاد به من شيء فهو بينهما، فما اصطاد يكون للصائد؛ لأن الصيد مباح كالماء يملكه الصائد بالإحراز، وعليه أجر مثل الشبكة؛ لأنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر

(١) وفي الأصل: أجر الدابة.

نصف ما يحصل من عمله.

١٣٧٧٧ - وإذا تكارى الرجل بعيراً ليحمل عليه أمتعة نفسه، ويبيعها من الناس على أن يكون أجر البعير نصف ما يحصل بتجارته، فهذا فاسد، وجميع ما اكتسب المكتري فهو له، وعليه لصاحب البعير أجر مثل بعير لاستيفاء منفعة البعير بحكم إجارة فاسدة.

١٣٧٧٨ - وإذا دفع الرجل إلى الرجل بيتاً ليبيع فيه البزّ على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فقبض البيت، وباع فيه البزّ، فأصاب مالاً، فإن جميع ذلك لصاحب البزّ، ولصاحب البيت عليه أجر مثل البيت.

واعلم بأن هذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لم يذكر فيها مدة، ولأن الأجر وهو نصف ما ربح مجهول، وإذا فسدت الإجارة كان على العامل أجر مثل البيت، وكان ما أصاب العامل من المال له؛ لأنه بدل بزّه، ولو كان صاحب البيت دفع البيت إليه ليؤاجر ويباع فيها البزّ على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذا فاسد؛ لأن المدة مجهول، والأجر مجهول، فإذا آجر البيت وأخذ أجره كان الأجر كله لصاحب البيت؛ لأنه بدل منافع بيته، وقد آجره بإذنه؛ لأنه استأجره ليؤاجر بيته إجارة فاسدة، فإذا استوفى عمله كان على رب البيت أجر مثل عمله، بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة ما أصاب العامل من المال كله له؛ لأنه بدل بزه، أما هنا بخلافه.

١٣٧٧٩ - وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر رجلاً ليحصد[1] له القصب في الأجمة على أن يعطي أجره خمس حزمات من قصب هذه الأجمة لا يجوز؛ لأنه في معنى قفيز الطحان، ولأن الحزمات مجهولة، وإن عيّن خمس حزمات، وقال: استأجرتك بهذه الحزمات الخمس يجوز، ولو لم يضف الأجر إلى قصب الأجمة، بل قال: استأجرتك على أن تحصد هذه الأجمة بخمس حزمات من القصب، لا يجوز لجهالة الحزمات، بخلاف تذرية الكدس واجتناء القطن، حيث يجوز إذا ذكر في الأجر حنطةً، أو قطناً من أن يضاف إلى حنطة الكدس أو القطن المجتنى، وإن كان لا يجوز إذا أضيف إليهما.

---

(١) وفي الأصل: «ليحمل».

عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أن هذا العقد فاسد، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إنه موقوف إلى تفريغ الأرض، وقاسوا هذه المسألة على مسألة بيع الجذع في السقف، والحاكم الشهيد رحمه الله مال إلى ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله، وفرّق بين هذه المسألة وبين مسألة بيع الجذع في السقف.

١٣٧٨٤ - وفي «القدوري»: إذا استأجر أرضاً فيها رطبة، فالإجارة فاسدة، فإن قلع رب الأرض، وسلمها أرضاً بيضاء، فهو جائز، وقاسه على ما إذا باع الجذع في السقف، ثم نزع الجذع، وسلمه إلى المشتري، وإن خاصمه قبل ذلك، فأبطل القاضي الإجارة، ثم قلع الرطبة لم يعد العقد(١)، وإن مضى مدة الإجارة قبل أن يختصما، ثم قلع الرطبة، فالمستأجر بالخيار، إن شاء قبضها على تلك الإجارة، وطرح عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء ترك، هذه جملة ما ذكر في «القدوري».

ثم الزرع إذا لم يدرك وأراد جواز الإجارة في الأرض فالحيلة في ذلك أن يدفع الزرع إليه معاملة إن كان الزرع لرب الأرض على أن يعمل المدفوع إليه في ذلك بنفسه وأجرائه وأعوانه على أن ما يرزق الله تعالى من الغلة، فهو بينهما على مائة سهم، سهم من ذلك للدافع، وتسعة وتسعون سهماً للمدفوع إليه، ثم يأذن له الدافع أن يصرف السهم الذي له إلى مؤنة هذه الضيعة، أو إلى شيء أراد، ثم يؤاجر الأرض منه، وإن كان الزرع لغير رب الأرض، ينبغي أن يؤاجر الأرض منه بعد مضي السنة التي فيها الزرع، فيجوز، وتصير الإجارة مضافة إلى وقت في المستقبل.

وحيلة أخرى: إذا كان الزرع لرب الأرض أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم، ويتقابضان، ثم يؤاجر الأرض منه.

وكذلك الحيلة في الشجر والكرم يدفع الأشجار والكرم معاملة، أو يبيع الأشجار والكروم منه، ثم يؤاجر الأرض منه، ثم إن بعض مشايخنا رحمهم الله زيفوا حيلة بيع الأشجار والكروم، وكانوا لا يجوزون إجارة الأراضي التي فيها أشجار وكروم بهذه الحيلة، وكانوا يقولون: بيع الأشجار ههنا بيع تلجئة رغبة بدليل أن المستأجر يمتنع عن قلع الأشجار، وإذا كان بيع تلجئة لا يزيل الأشجار عن ملك صاحبها، فحين يؤاجر الأرض

---

(١) هكذا في نك، وكان في م: ثم قلع الرطبة فقد عد العقد.

كانت الأرض مشغولة بحق المؤاجر، فلا يجوز.

ومن المشايخ رحمهم الله من يقول بحكم الثمن: إن كان الثمن الذي قوبل بالأشجار مثل قيمة الأشجار، وأكثر مما يستدل به على أن بيع الأشجار بيع رغبة، فتجوز الإجارة بعد ذلك، وما لا فلا. وكان الحاكم الإمام عبد الرحمن الكاتب رحمه الله، والشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله وغيرهما من المشايخ رحمهم الله يقولون: إن الإجارة صحيحة، وبيع الأشجار بيع رغبة إلا أن المستأجر يمتنع عن قلع الأشجار لمكان المرفق والمنفعة، وقد يمنع الإنسان عن التصرف في ملكه، كما يمنع من بيع السلاح من ثيابه القصبة من أهل الفتنة.

وكان الطحاوي رحمه الله يقول: بصحة بيع الأشجار، وبصحة هذه الإجارة شرط أن يبيع الأشجار بطريقها، ويبين طريقاً معلوماً لها من جانب من جوانب الأرض، أما بدون ذلك لا يجوز البيع، ولا الإجارة بعده.

ومن المشايخ رحمهم الله من ذهب[1] حيلة بيع الأشجار من وجه آخر، فقال: في بيع الأشجار مطلقاً يدخل مواضعها من الأرض في البيع على أصح الروايتين، فإذا دخل لا يمكن تجويز إجارة ذلك الموضع، إما لأن المستأجر يصير مستأجراً ملك نفسه، أو لأن استئجار الأرض لتبقية الأشجار، ووقع الاستغناء عن استئجار موضع الأشجار لتبقية الأشجار لدخول ذلك الموضع في بيع الشجر، وإذا صار موضع الأشجار ملك المشتري الأشجار، فإذا استأجر الأرض بعد ذلك، صار مستأجراً ملك نفسه، وملك رب الأرض بصفقة واحدة، وأنه لا يجوز.

ثم إذا فسخت الإجارة، وكان فيها بيع الأشجار لا يشترط فسخ بيع الأشجار نصاً بعد فسخ الإجارة، بل ينفسخ البيع في الأشجار بطريق الدلالة، والفسخ كما يثبت بطريق الدلالة.

١٣٧٨٣ - وإذا اشترى ثمرة في نخل، ثم استأجر النخل مدة ليبقيها[2] فيها لم يجز؛ لأن النخل حائل بينه وبين الثمرة؛ وأنه ملك المؤاجر، والمستأجر مشغول بتلك

---

(١) وفي م: "طريق" مكان "ذهب".

(٢) هكذا في ف، وكذا في الأصل وم: "ليبيعها".

المؤاجر.

وكذلك إذا اشترى أطراف الرطبة دون أصولها، ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة لا يجوز؛ لأن أصل الرطبة على ملك المؤاجر، فقد حال بينه وبين المستأجر ملك الآجر.

ولو اشترى نخلة، فيها ثمر، ليقطعها، ثم استأجر الأرض ليبقيها جاز. وكذلك لو اشترى الرطبة بأصولها ليقلعها، ثم استأجر الأرض ليبقيها جاز؛ لأن الأرض مشغولة بمال المستأجر، وذلك لا يمنع جواز العقد، وإن استعار الأرض في ذلك كله جاز؛ لأن العارية تبرع بلا يتعلق بها اللزوم، فيجوز مع الشيوع، وما هو في معنى الشيوع.

ومما يتصل بهذا النوع مسائل الشيوع في الإجارة

١٣٧٨٤ - قال محمد رحمه الله في رجل آجر نصف داره مشاعاً من أجنبي: لم يجز، وإذا سكن المستأجر فيه، يجب أجر المثل، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يجوز، وإذا سكن المستأجر فيها يجب المسمّى.

وإذا آجر من شريكه يجوز بلا خلاف في ظاهر الرواية، وروي في النوادر عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يجوز، ولو آجر داره من رجل ثم تفاسخا العقد في النصف، لا يبطل العقد في النصف الباقي بلا خلاف في ظاهر الرواية، وفي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يبطل الإجارة في النصف الباقي.

وإذا آجر داره من رجلين يجوز بلا خلاف، وإذا مات أحدهما تنقض الإجارة في نصيبه، ويبقى في نصيب الآخر صحيحة، وكذلك إذا آجر الرجلان داراً من رجل، فمات أحد المؤاجرين، يبطل الإجارة في نصيبه، وفي نصيب الآخر صحيحة، وكذا إذا مات أحد المتكاريين يبطل الكراء في نصيبه، ويبقى في نصيب الآخر.

١٣٧٨٥ - وإذا كان الدار بين الرجلين، آجر أحدهما نصيبه من أجنبي، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله، بعضهم قالوا: لا يجوز، وهكذا روى الحسن رحمه الله في جامعه عن أبي حنيفة رحمه الله، وبعضهم قالوا: يجوز.

١٣٧٨٦ - ولو استأجر علو منزل ليمرّ فيه إلى حجرته، لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يجوز، وكذلك إذا استأجر السفل ليمرّ فيه إلى مسكنه، لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله يجوز؛ لأن المستأجر مشاع، وإجارة المشاع على الخلاف الذي قلنا.

قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: ينبغي أن لا يجوز هذه الإجارة إجماعًا؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن موضوع المسألة أن الطريق غير معين، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز الإجارة إجماعًا، ولا تجوز إجارة البناء دون الأرض، هكذا ذكر في «الأصل»، وذكر محمد رحمه الله في «النوادر» في موضع أنه يجوز، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: وبه كان يفتي شيخنا رحمه الله، وقاسه بإجارة الفسطاط والخيمة -والله أعلم بالصواب-.

نوع آخر
في الاستئجار على الطاعات:

١٣٧٨٧ - وإذا استأجر الرجل رجلًا ليعلمه القرآن، أو ليعلم ولده القرآن لا يجوز، ومعناه أنه لا ينعقد العقد أصلًا، حتى لا يجب للأجير شيء بحال من الأحوال، هذا هو جواب الكتاب، وإنما لم يجز لأن الإجارة وقعت على عمل ليس في وسع الأجير إيفاؤه؛ لأن التعلم إنما يتم بالتعليم، كالكسر بالانكسار، والتعلم ليس في وسع المعلم، ومثل هذه الإجارة لا تجوز.

ولأن المعلم مع المتعلم يشتركان في منفعة التعليم، ومثل هذا الاستئجار لا يجوز، ومشايخ بلخ رحمهم الله جوّزوا الاستئجار على تعليم القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمّى، وعند عدم الاستئجار أصلًا، أو عند الاستئجار بدون ذكر المدة أفتوا بوجوب أجر المثل، قالوا: وإنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول لأن حملة القرآن كانوا قليلًا، فكان التعليم واجبًا حتى لا يذهب القرآن، فأما في زماننا كثر حملة القرآن، ولم يبق التعليم واجبًا، فجاز الاستئجار عليه.

وذكر شيخ الإسلام الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله: كان

المتأخرون من أصحابنا يجوّزون ذلك، ويقولون: إنما كان المتقدمون يكرهون ذلك؛ لأنه كان للمعلمين عطيات من بيت المال، وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة، ولكن مروءة في المجازات بالإحسان من غير شرط، أما اليوم ليس لهم عطيات من بيت المال، والتعليم يشغلهم عن الاكتساب ما لا بد لهم من أمر المعاش، وانقطع رغبة الناس في الاحتساب، ومجازاة المعلمين من غير شرط، فتجوز الإجارة، ويجبر المستأجر على دفع الأجر، ويحبس به، وبه يفتى.

وكذلك يجبر المستأجر على الحلوة المرسومة، وهذا استحسان أيضاً، استحسن المشايخ رحمهم الله على ذلك، وكذا يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه في زماننا، والاستئجار على الإمامة والأذان لا يجوز؛ لأنه استئجار على عمل للأجير فيه شركة؛ لأن المقصود من الأذان والإمامة أداء الصلاة بجماعة وأذان وإقامة، وهذا النوع كما يحصل للمستأجر يحصل للأجير.

وكذا الاستئجار على الحج والغزو وسائر الطاعات لا تجوز؛ لأنه لو جاز لوجب على القاضي جبر الأجير عليه، ولا وجه إليه؛ لأن أحداً لا يجبر على الطاعات، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي لا يفتيان بجواز الاستئجار على تعليم القرآن، وهكذا حكي عن الشيخ الإمام ركن الدين أبي الفضل رحمه الله.

وفي «روضة الزندويستي»: كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزي رحمه الله يقول: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر، وسيأتي بيان الحيلة للجواز على قول الكل في فصل الاستئجار على التعليم.

وفي «روضة الزندويستي»: أن المستأجر إذا استأجر رجلاً ليعلم ولده الكتابة،

وفي «النوازل»: إذا استأجر مؤدباً مشاهرة كل شهر بخمسة دراهم، يعلم صبيين، أحدهما العربية، والآخر القرآن، فقال المؤدب: أنا أشتكي من ذا الذي تعليم القرآن، فاستأجر معلماً يضم الصبي إليه بما يعلمون الناس، وأعطه من أجري، فسلم الصبي إلى معلم، فلما جاء رأس الشهر حبس عن المؤدب ثلاثة دراهم، فقال المؤدب: أنا لا أرضى بما حبست؛

لأن أجر المعلم يكون كل شهر خمسة دراهم أو درهم، قال: حسب المؤدب الذي خاطب به المستأجر قريب من توكيله إياه بذلك، فيحط من أجره قدر ما يستحقه المعلم الذي علم ابنه الصبي.

١٣٧٨٨- ولو استأجر المسلم من المسلم بيتاً يصلي فيه لم يجز؛ لأنه عين جهة القربة لصرف المنفعة المستحقة إليها، ولا يحل المنع عن الانتفاع لأجل تلك الجهة، فلا يجوز أخذ الأجر عليه.

متولي المسجد إذا تعذر عليه الحساب بسبب أنه أمي لا يكتب ولا يقرأ، فاستأجر رجلاً يكتب له ذلك لا يحل له أن يعطي أجر الكاتب من مال المسجد؛ لأن الحفظ عليه، ومع الكتابة راجع إليه.

١٣٧٨٩- ولو استأجر رجلاً ليكنس المسجد، ويفتح الباب ويغلقه بمال المسجد جاز؛ لأنه ليس على المتولي ذلك، أما حفظ الدخل والخرج عليه - والله أعلم -.

نوع آخر

في الاستئجار على المعاصي:

١٣٧٩٠- إذا استأجر الرجل حمالاً ليحمل له خمراً، فله الأجر في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا أجر له، فوجه قولهما: إن حمل الخمر معصية؛ لأن الخمر يحمل للشرب، والشرب معصية، وقد لعن رسول الله ﷺ حامل الخمر والمحمول عليه، وذلك يدل على كون الحمل معصية، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الخمر يحمل للإراقة وللتخليل، كما يحمل للشرب، فلم يكن متعيناً للمعصية، فيجوز الاستئجار عليه.

قال القدوري في كتابه: قال محمد رحمه الله: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين، فاستأجروا له من يحمله إلى بلدة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لا أجر له، وقلت: إن كان الحمال يعرف أنه جيفة، فلا أجر له، وإن لم يعلم، فله الأجر. قال أبو يوسف رحمه الله: وهذا بخلاف ما لو استأجره لنقله إلى مقبرة البلدة حيث يجوز؛

لأن ذلك لدفع أذيته عنه، فصار كاستئجار الكناس، وكاستئجار المسلم ليخرج له حمارًا ميتًا من داره.

١٣٧٩١ - وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا آجر نفسه من المجوسي ليوقد له نارًا، فلا بأس به، فأبو حنيفة رحمه الله سوّى بين هذا وبينما إذا آجر نفسه من ذمي ليحمل له خمرًا، وهما فرّقا بين المسألتين، ووجه الفرق أن التصرف في النار والانتفاع بها جائز في الجملة، ولا كذلك التصرف في الخمر، والانتفاع بها.

١٣٧٩٢ - وفي «العيون»: لو استأجر رجلاً ينحت له أصنامًا، أو يزخرف له بيتًا بتماثيل، والأصباغ من رب البيت، فلا أجر؛ لأن فعله معصية.

١٣٧٩٣ - وكذلك لو استأجر نائحة أو مغنية، فلا أجر لها؛ لأن فعلها معصية.

وفي «فتاوى أهل سمرقند» رحمهم الله: إذا استأجر رجلاً ينحت له طنبورًا، أو بربطًا، ففعل يطيب له الأجر، إلا أنه يأثم في الإعانة على المعصية، وإنما وجب له الأجر في هذه المسألة، ولم يجب في نحت الصنم؛ لأن جهة المعصية ثمة متعينة؛ لأن الصنم لا ينحت إلا للمعصية، أما نحت الطبل والطنبور جهة المعصية ليست بمتعينة؛ لأن كما تصلح للمعصية تصلح لغير المعصية، بأن يجعل وعاء للأشياء.

ولو استأجر الذمي مسلمًا ليبني له بيعة أو كنيسة جاز، ويطيب له الأجر.

وكذلك لو أن امرأة استكتبته كتابًا إلى حبيبها جاز، ويطيب له الأجر؛ لأنه بدل عمله.

١٣٧٩٤ - وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الإجارة على شيء من اللهو والمزامير والطبل وغيره؛ لأنه معصية، والإجارة على المعصية باطلة، ولأن الأجير مع المستأجر يشتركان في منفعة ذلك، فتكون هذه الإجارة واقعة على عمل هو فيه شريك.

١٣٧٩٥ - قال: وإن أعطى المستأجر شيئًا من اللهو ليلهو به، فضاع، أو انكسر، فلا ضمان عليه؛ لأن الإجارة لما لم ينعقد بقي مجرد الإذن في استعمال المحل، فإذا بقي وكان الأخذ بإذن المالك، فمتى ضاع أو انكسر، لا يكون عليه شيء، كما لو أذن ولم يؤاجر.

قال: وإذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه استأجرها ليصلي فيها، وصلاة الذمي معصية عندنا، وطاعة في زعمه، وأي ذلك ما اعتبرنا كانت الإجارة باطلة؛ لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز.

١٣٧٩٦- وكذلك المسلم إذا استأجر من المسلم بيتاً ليجعلها مسجداً ليصلي فيها المكتوبة، أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز، وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة، ومن مذهبنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز، وعنده يجوز، وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلاً للأذان والإمامة لا يجوز عندنا؛ لأنه طاعة، وعند الشافعي رحمه الله: يجوز، فكذلك هذا.

١٣٧٩٧- وكذلك الذمي إذا استأجر رجلاً من أهل الذمة ليصلي بهم، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن هذا معصية عندنا، وطاعة في دينهم، وأي ذلك ما اعتبرنا لا يجوز هذه الإجارة.

قال: وإذا استأجر رجل من أهل الذمة مسلماً يضرب لهم الناقوس، فإنه لا يجوز لما ذكرنا.

١٣٧٩٨- وإذا استأجر مسلماً ليحمل له خمراً، ولم يقل: ليشرب، أو قال: ليشرب جازت الإجارة في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما رحمهما الله، وكذلك إذا استأجر الذمي بيتاً من مسلم ليبيع فيه الخمر، جازت الإجارة في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما رحمهما الله، والوجه لأبي حنيفة فيما إذا نص على الشرب أن هذه إجارة وقعت لأمر مباح؛ لأنها وقعت على حمل الخمر ليشربها الذمي، أو وقعت على الدار ليبيع الذمي الخمر، وبيع الذمي وشربه الخمر مباح؛ لأن خطاب التحريم كأنه غير نازل في حقه، وهذا بخلاف ما إذا استأجر الذمي من المسلم بيتاً، ليصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن ثمة صفة المعصية إذا انتفت في حقه لديانته تبقى صفة الطاعة، والاستئجار على الطاعة لا يجوز، وههنا صفة المعصية متى انتفت عن الشرب لديانته، تبقى فعلاً مباحاً في نفسه ليس بطاعة، فتجوز الإجارة.

وفيما إذا لم ينص على الشرب، فالوجه له أن الحمل كما يكون للشرب، وإنه

معصية في حق المسلم يكون للتحليل مدخل في هذا العقد على الصحة، وهو نظير ما لو استأجر الذمي من المسلم بيتاً، ولم يقل ليصلي فيه، فإنه يجوز، وإن كان له أن يصلي فيه، ويتخذه بيعة وكنيسة.

١٢٧٩٩ - وإذا استأجر الذمي مسلماً ليحمل له ميتة، أو دماً يجوز عندهم جميعاً؛ لأن نقل الميتة والدم لإماطة الأذى عن الناس مباح، فتكون الإجارة واقعة على أمر مباح، فيجوز، وقد يكون للأكل فتكون الإجارة واقعة على أمر حرام، فلا يجوز، فإذا أطلق تحمل الإجارة على الحمل لإماطة الأذى تجويزاً للإجارة.

١٢٨٠٠ - وإذا استأجر الذمي ذمياً لنقل الخمر، أو استأجر منه بيتاً ليبيع فيه الخمر، جاز عندهم جميعاً؛ لأن الخمر عندهم كالخل عندنا، وهذا بخلاف ما لو استأجر ذمي من ذمي بيتاً ليصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن صلاتهم طاعة عندهم، معصية عندنا، وأي ذلك ما كان لم تجز الإجارة، فأما في الخمر متى انتفت صفة المعصية تبقى بعد ذلك صفة الإباحة، والاستئجار على فعل مباح جائز.

ولو استأجر مسلماً ليرعى خنازير، يجب أن يكون على الخلاف، كما في الخمر.

ولو استأجره ليبيع له ميتة لم يجز؛ لأن بيع الميتة لا يجوز في دين من الأديان؛ لأنه لا ثمن لها، وإذا لم يجز بيعه، فقد استأجر على فعل ليس في وسعه تحصيله بحال.

١٢٨٠١ - وإذا استأجر الذمي من المسلم داراً ليسكنها، فلا بأس بذلك؛ لأن الإجارة وقعت على أمر مباح، فجازت، وإن شرب فيها الخمر، أو عبد فيها الصليب، أو أدخل فيها الخنازير، لم يلحق المسلم في ذلك شيء؛ لأن المسلم لم يؤاجرها لها، إنما آجر للسكنى، فكان بمنزلة ما لو آجر داراً من فاسق كان مباحاً، وإن كان قد يعصي فيها، ولو اتخذ فيها بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، يمكن من ذلك إن كان في السواد.

قال الشيخ الإمام رحمه الله: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها من الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز، ألا ترى إلى ما ذكر قبل هذا أن الذمي إذا استأجر من المسلم بيعة يصلي فيها لم يجز.

بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: وما ذكر في سواد الكوفة؛ لأن عامة سكانها أهل

الذمة والروافض، وأما في سوادنا عامة سكانها المسلمون فيمنعون عن إحداث الكنائس، كما يمنعون عنها في الأمصار، وكثير من المشايخ رحمهم الله قالوا: لا يمنعون عن إحداث الكنائس في سوادنا أيضاً.

١٣٨٠٢ - قال: وإذا استأجر كتاباً يقرأ فيه لا يجوز، شعراً كان أو فقهاً أو غيره، وكذلك إذا استأجر مصحفاً، وإنما لا يجوز؛ لأن الإجارة عقدت على القراءة والنظر، والإجارة على النظر والقراءة لا تنعقد؛ لأن القراءة لا تخلو: إما أن تكون طاعة أو معصية، أو مباحاً، فإن كانت القراءة طاعة، كقراءة القرآن والأحاديث كان هذه إجارة على الطاعة، والإجارة على الطاعة لا تنعقد، وإن كانت معصية كالنياحة والغناء، فهو إجارة على المعصية، والإجارة على المعاصي باطلة.

وإن كان مباحاً كقراءة كتب الأدب، فلأن القراءة والنظر مباح له بغير إجارة، وإنما لا يباح حمله وتقليب الأوراق، والإجارة لا تنعقد على ما كان يملكه المستأجر قبل الإجارة من غير إجارة، ولا تنعقد على حمله وتقليب الأوراق، وإن كان لا يملكه المستأجر من غير إجارة[1]؛ لأنه لا فائدة للمستأجر في ذلك، ألا ترى أنه لو نص، فقال: استأجرت منك هذا الكتاب لأحمله، وأقلب أوراقه، فإن الإجارة لا تصح، فكذلك ههنا.

١٣٨٠٣ - وكذلك إذا استأجر قارئاً ليقرأ عنده شيئاً لا يجوز؛ لأن القراءة التي وقعت الإجارة عليها إن كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة عليها، أما لأن الاستئجار على الطاعات والمعاصي باطلة، وإما لأن القاري مع السامع يشتركان في منفعة القراءة؛ لأنه كما ينتفع السامع بالقراءة من حيث العظة والتلذذ ينتفع بها القاري، فقد استأجره لعمل هو شريك فيه، ومثل هذا لا يجوز على ما مر.

وإن كانت القراءة التي وقع عليها الإجارة مباحاً، كقراءة كتب الأدب، وما أشبه ذلك، لا تجوز الإجارة عليها، للوجه الثاني -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفي م: «من غير إجارة».

نوع منه:

في الاستئجار على الأعمال المباحة، نحو تعليم الصناعة والتجارة، والهدم والبناء، والحفر، وأشباه ذلك.

١٣٨٠٤ - وإذا دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهرًا مسماة في تعليم النسج على أن أعطاه المولى كل شهر شيئًا مسمى، فهو جائز، أما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن إنما لم تجز - لأن تعليم القرآن طاعة فظاهر؛ لأن تعليم النسج مباح، وليس بطاعة. وأما على قول من قال: إن الإجارة على تعليم القرآن إنما لا يجوز[1] لأن التعليم ليس من عمل الأجير، بل من فهم المتعلم، فلأن الإجارة هاهنا وقعت على أن يقوم عليه، ويحفظه، ولكن ذكر النسج ليرغب المولى فيما يحصل له في أثناء المدة من عمل الحياكة، فإن الصبي ربما يأخذ ذلك لفهمه وذكائه، فهذا جار مجرى الشرط، والمقصود هو القيام عليه، ولو وقع الاستئجار الوقتية حتى لو شرط عليه تعليم الحياكة، ولم يقل ليقوم عليه في عمل كذا، يجب أن لا يجوز، كما في تعليم القرآن.

ولو شرط على المعلم أن يقوم على ولده شهرًا في تعليم القرآن يجب أن يجوز. وإن كان الأستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك، ويقوم على غلامه في تعليم ذلك، فهو جائز، وإن لم يشترط كل واحد منهما على صاحبه الأجر، يعني الأستاذ مع المولى، ودفعه على وجه الإجارة، فلما فرغ الأستاذ من التعليم قال الأستاذ: لي الأجر على رب العبد، وقال رب العبد: لا، بل لي الأجر على الأستاذ: فإني أنظر في ذلك العمل إلى ما يصنع أهل تلك الصنعة في تلك البلدة، فإن كان المولى هو الذي يعطي الأجر جعلت على المولى أجر مثله للأستاذ، وإن كان الأستاذ هو الذي يعطي الأجر جعلت على الأستاذ أجر مثله للمولى.

قال الشيخ الإمام أحمد الطواويسي رحمه الله: معنى قوله: دفعه على وجه الإجارة، أي ذلك العمل مما لا يعمل بغير بدل.

١٣٨٠٥ - إذا استأجر الرجل سمسارًا ليشتري له الكرابيس، أو استأجر دلالًا ليبيع له ويشتري. فإن لم يبين لذلك أجلًا لا يجوز. وقد ذكرنا المسألة مع ما فيها من الحيلة

(١) كذا في الأصل، ولعله يجوز.

١٣٨٠٦ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل ضل شيئًا فقال: من دلني عليه فله درهم، فدله إنسان، فلا شيء له؛ لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر، ولو قال لإنسان بعينه: إن دللتني عليه فلك درهم، فإن دله من غير مشي معه، فكذلك الجواب لا يستحق به الأجر، وإن مشى معه، ودله فله أجر مثله؛ لأن هذا عمل يقابل بالأجر عرفًا وعادة، إلا أنه غير مقدر، فيفسد العقد، ويجب به أجر المثل.

١٣٨٠٧ - وفي فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله: استأجر رجلا ليصيد له، أو يحتطب له، فإن وقت لذلك وقتًا جاز، وإن لم يوقت، ولكن عين الصيد، أو الحطب، فالإجارة فاسدة، وما اصطاده، واحتطب، فهو للمستأجر، وإن كان الحطب الذي عينه ملك المستأجر، فالإجارة جائزة.

وفي القدوري: وعن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: اقتل هذا الذئب، أو هذا الأسد، ولك درهم، وهما صيدان ليس للمستأجر، فله أجر مثله لا يجاوز به درهمًا؛ لأنه يحتاج في الصيد إلى المعالجة، فيصير العمل مجهولا بالعدد، فيجب أجر المثل، قال: ويكون الصيد للمستأجر، قال: لأن القتل سبب التملك، وعمل الأجير يقع للمستأجر.

١٣٨٠٨ - وفي فتاوى الفضلي رحمه الله: إذا استأجر الرجل رجلا ليهدم جداره، ويبني حيطانه: كل ذرع بكذا، أو قال: بل بأجرة بكذا، أو ليكسر حطبه جازت الإجارة، وإن لم يذكر الأجل.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن العمل إذا كان معلومًا، ولو أراد المستأجر أن يشرع في ذلك العمل في الحال، يمكنه الشروع فيه، ويقدر عليه، فإنه تجوز الإجارة من غير ذكر الأجل، وكذلك لو ذكر الأجل إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وهو يقدر على الشروع في الحال يجوز أيضًا، بيان الأول ما ذكرنا من مسألة الهدم وبناء الحائط وكسر الحطب.

١٣٨٠٩ - وكذلك لو استأجر رجلا ليخبز له عشرين منًّا من الخبز بدرهم يجوز، وإن لم يذكر الأجل؛ لأن العمل معلوم

بيان الثاني: لو استأجره ليخبز له اليوم إلى الليل جاز، وإن لم يبين مقدار العمل؛ لأن العمل صار معلوماً بذكر الأجل.

13810- ولو استأجر رجلاً ليذري كدسه، أو قال له بالفارسية: "باين يك درهم اين خرمن مرا باد كن"، لا يجوز، ولو قال: "به اين يك درهم اين ديوار را باد كن"، جاز؛ لأن في المختار، جعله لو أراد الأجير أن يشرع في العمل في الحال عاجز؛ إما تذرية الريح لا يتم به وحده، وإنما يتم به وبالريح، فلم يكن قادراً على المستأجر عليه فلا يصح.

وفي الأصل: استأجره ليبني له حائطاً بالآجر والجص، وسمى كذا كذا أجرة من هذه الإجارات، وكذا كذا كراً من الجص، ولم يسم الطول والعرض، كانت الإجارة فاسدة قياساً صحيحة استحساناً.

وجه القياس أن مقدار الطول والعرض مجهول، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة، وجه الاستحسان أن مقدار الطول والعرض معلوم عرفاً؛ لأنه بعد بيان الآجر عدداً والجص كيلاً يعرف أهل هذه الصنعة مقدار طوله وعرضه، ولو سمى كذا كذا عدداً من الآجر أو اللبن، ولم يسم الملبن، ولم يره إياه، إن كان ملبن أهل تلك البلدة واحداً، أو كان لهم ملابن مختلفة، إلا أن غالب عملهم على ملبن واحد جازت الإجارة استحساناً؛ لأن الملبن إذا كان واحداً ينصرف مطلق الاسم إليه.

وكذلك إذا كانت لهم ملابن مختلفة إلا أن غالب أعمالهم على ملبن واحد، ينصرف مطلق الاسم إليه عرفاً وعادة، وإن كان ملابنهم مختلفة، ولم يغلب استعمال واحد منها، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن في هذه الصورة اللبن لا يصير معلوماً، لا شرطاً، ولا عرفاً، وجهالة اللبن توجب فساد الإجارة؛ لأن العمل مما يتفاوت بتفاوت اللبن صغراً وكبراً.

13811- وإذا استأجره يبني له حائطاً بالرهص، وشرط عليه الطول والعرض جاز؛ لأن العمل معلوم إذا بين الطول والعرض، وبدون بيان الطول والعرض لا يجوز؛ لأن العمل لا يصير معلوماً، وإذا استأجره يعمر له في هذه الساحة بيتاً ذي سقفين، أو ذي سقف واحد، وبين طوله وعرضه والسمك(1)، وغير ذلك، ويقال بالفارسية: ...

---

(1) وكان في الأصل: والسمر.

دادن : لا يجوز، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث، والصواب أنه يجوز إذا كان بآلات المستأجر لتعامل الناس، ومسألة الاستئجار لبناء الحائط بالآجر والجص التي تقدم ذكرها، يشهد لهذا القول.

ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره، وسمى عمقها وسعتها، حتى جازت الإجارة، فلما حفر بعضها وجد جبلًا أشد عملًا، وأشد مؤنة، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار إلا أنه تلحقه زيادة مشقة وتعب، فإنه يجبر على العمل؛ لأنه ضمن بعقد الإجارة حفر هذا الموضع بالآلة التي يحفر بها الآبار، وقد أمكنه ذلك، فقد قدر على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة، فيجبر عليه، وإن كان لا يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار، لا يجبر عليه؛ لأنه ما قدر على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة؛ لأنه إنما ضمن الحفر بالآلة التي يحفر بها الآبار لا بآلة أخرى.

وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتاب، وحكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: أنه يستحق إذا كان يعمل في ملك المستأجر، بخلاف إذا ما كان يعمل في غير ملكه، وقاس هذه المسألة على ما إذا استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في بيت المستأجر، فخاط بعضه فسرق الثوب، أو حفارًا ليحفر له بئرًا في دار المستأجر، فحفر البعض، فانهار، فإنه يستحق من الأجر بقدره، وإن كان يعمل ذلك في غير ملكه، فلا أجر له، كذا ههنا.

وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا من القدوري: أن الخياط إذا خاط في بيت المستأجر، فخاط بعض الثوب أن لا أجر له؛ لأنه لا ينتفع به، يجب أن يقال ههنا: إنه لا يجب الأجر أيضًا؛ لأنه لا ينتفع به، وسيأتي بخلاف هذا عن أبي يوسف رحمه الله في فصل فسخ الإجارة بالعذر. وإن شرط عليه أن كل ذراع في طين، أو سهلة بدرهم، وكل ذراع في جبل بدرهمين، وكل ذراع في الماء بثلاثة، وبين مقدار الطول والعرض، فهو جائز[1]؛ لأن الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر إنما يجب بعد العمل، وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا؛ لأنا نعلم بأي قدر حفر في السهلة، وبأي قدر حفر في الجبل.

(١) وفي الأصل: فهو جائز، وبين مقدار طول البئر عشرة مثلًا، فهو جائز لأن الأجر

١٣٨١٢ - ولو استأجره ليحفر له بئراً في داره، وظهر الماء في البئر قبل أن يبلغ المنتهى الذي شرط عليه، فإن أمكنه الحفر في الماء بالآلة التي يحفر بها الآبار، أجبر على الحفر، وإن احتيج إلى اتخاذ آلة أخرى، لا يجبر على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

وكذلك لو استأجر ليحفر في حجارة مروة، فلما حفر البعض استقبله حجارة صلبة أصم، فإن أمكنه حفرها بالآلة التي يحفر بها المروة، أجبر على الحفر، وإن لا فلا.

وإن استأجر رجلاً ليحفر له حوضاً عشرة في عشرة، وسمّى عمقه وعرضه ببدل معلوم، فحفر خمسة في خمسة، يجب ربع المسمّى؛ لأنه أوفى ربع العمل؛ لأن عشرة في عشرة مائة، وخمسة في خمسة خمسة وعشرون.

١٣٨١٣ - وإذا استأجر رجلاً ليحفر له قبراً، فحفر، فانهدم، أو دفن فيه إنسان قبل أن يأتي المستأجر بجنازته، فهو على التفصيل الذي ذكرنا في حفر بئر قبل هذا، إن كان ذلك في ملك المستأجر فله الأجر، وإن كان في غير ملكه، فلا أجر له.

ولو استأجره ليحفر له قبراً، ولم يسمّ في أي المقابر جاز استحساناً، وينصرف(١) إلى المكان الذي يدفن فيه أهل تلك المحلة موتاهم، قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجواب بناء على عرف أهل الكوفة، فإن لكل محلة مقبرة خاصة يدفنون موتاهم فيها، ولا ينقلون موتاهم إلى مقابر أخرى، أما في ديارنا تنقل الموتى من محلة إلى مقابر محلة أخرى، فلا بد من تسمية المكان حتى لو كان موضعاً كان لأهل كل محلة مقبرة خاصة لا ينقلون موتاهم إلى محلة أخرى، أو كان موضعاً لهم مقبرة واحدة، تجوز الإجارة من غير تسمية المكان.

١٣٨١٤ - وإذا عين المستأجر للأجير مكاناً يحفر فيه القبر، فحفر في مكان آخر، فالمستأجر بالخيار، إن شاء رضي بذلك، وأعطاه الأجر، وإن شاء رده عليه، ولا أجر له؛ لأن الأجير موافق من وجه من حيث إنه أمر بحفر القبر، وقد حفر مخالف من وجه من حيث إنه لم يحفر في المكان الذي أمر بالحفر فيه، فإن شاء مال إلى جهة الوفاق، وجعله عاملاً بعقد، وأعطاه الأجر، وإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد، ولم يعطه الأجر.

---

(١) وفي الأصل: ويصير.

وإذا لم يصفوا له طول القبر وعرضه وعمقه جاز الاستئجار استحسانًا، ويؤخذ بأوسط ما يعمله الناس -والله أعلم-.

نوع آخر

في المتفرقات:

١٣٨١٤- وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز أن يستأجر من عقار مائة أذرع أو من أرض جريبًا أو جريبين، إذا كان أكثر من ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز؛ لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن بيع الذرع من الأرض لا يجوز. وعندهما: يجوز؛ لأنه عبارة عن الأنصباء، وإجارة المشاع جائزة عندهما، ولا يجوز استئجار القناة والبئر والنهر ليسقي منها غنمه وأرضه؛ لأن المقصود هو الماء، وأنه عين. والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة.

١٣٨١٦- وكذلك إذا كان لرجل شرب في النهر، فاستأجره ليسقي منه غنمه أو أرضه لم يجز لما قلنا.

والحيلة في ذلك: أن يؤاجر منه موضعًا معلومًا من حريم البئر أو النهر ليكون معطنًا لمواشيه، ويبيح له سقي المواشي من البئر والنهر، كذا ذكر شمس الأئمة رحمه الله، قالوا: وهذا إذا كان المواشي بحيث ينقطع الماء عن شربها. فأما إذا لم يكن كذلك، فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر المواشي بحريم البئر والنهر.

١٣٨١٧- ولا يجوز إجارة الآجام والأنهار للسمك وغيره: أما للسمك فلأن هذه الإجارة لا تفيد إلا ما كان ثابتًا له من قبل؛ لأن المشروط في هذه اصطياد السمك، والمستأجر كان يملك اصطياد السمك من غير إجارة، ولأن هذه الإجارة عقدت على استحقاق العين، وأما لغير السمك فلأن غير السمك في الآجام والأنهار القصب والماء، وأنها عين، ولا يجوز إجارة المراعي لم يرد به إجارة الأراضي، فإن إجارة الأراضي جائزة، وإنما أراد به إجارة الكلأ، وإنما لم يجز لأنها وردت على العين

والحيلة في جوازها: أن تستأجر موضعًا من الأرض ليضرب فيه فسطاطًا أو

أو جعله حظيرة لغنمه، فتصح الإجارة، ويبقى صاحب المرعى له الانتفاع بالمرعى.

١٣٨١٨ - ولو استأجر الرجل دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعيراً أو ما أشبه ذلك من الموزونات أو المكيلات ليعمل به كل شهر بدرهم لا يجوز؛ لأن الإجارة جوزت بخلاف القياس لمنفعة مقصودة من الأعيان، والمنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات لا يمكن استيفاؤها إلا باستهلاكها، فتكون هذه الإجارة معقودة على استهلاك العين، والإجارة لا تنعقد على استهلاك العين.

ولو استأجر الدراهم أو الدنانير شهراً ليزن بها، أو استأجر الحنطة أو الشعير ليعير بها مكياله، ذكر في الأصل: أنه يجوز.

قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى: إنه لا يجوز، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: ما ذكر في الأصل محمول على ما إذا استأجرها ليعيرها مكيالاً لا بعينه، وما ذكر أبو الحسن رحمه الله محمول على ما إذا استأجرها ليعير بها مكيالاً له بعينه، وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان، وجه الجواز أن هذه منفعة مطلوبة، ووجه عدم الجواز أن هذه المنفعة ليست بمقصودة من هذه الأعيان، فلا يصح الإجارة عليها.

ولو استأجر الدراهم أو الحنطة مدة معلومة ولم يبين ماذا يستأجرها له لم يذكر هذه المسألة في الأصل، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: ويحتمل أن يقول: يجوز، ويحمل على الانتفاع بها وزناً احتيالاً لجواز العقد، ويحتمل أن يقول: لا يجوز، وإليه مال الكرخي؛ لأنا لو جوزناه لجوزناه على الانتفاع بها وزناً، ولا يجوز العقد على قول الكرخي على ما مر.

١٣٨١٩ - وإذا استأجر الرجل نخلاً أو شجراً على أن يكون ما أثمر للمستأجر لا يجوز؛ لأن هذه إجارة انعقدت على استحقاق العين، ومحل الإجارة المنفعة دون العين على ما مر، فلا يمكن العمل بحقيقة الإجارة، ولا يمكن أن يجعل مجازاً عن البيع؛ لأن الإجارة لا تصير سبباً لملك الرقبة قط، فكيف يمكن أن تجعل كناية عن البيع، وإذا أطلق الإجارة على النخل إطلاقاً، ولم يشترط شيئاً، لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الأصل.

---

(١) مكانه في «م»: وكذا في الأصل: [illegible]

قال شيخ الإسلام رحمه الله: ولقائل أن يقول: يجوز ويصرف الإجارة إلى منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين، كبسط الثياب على أغصانها أو شد الدابة بها، والإجارة على مثل هذه المنفعة جائزة، وقد ذكر الكرخي في «مختصره»: أن من استأجر نخيلا أو شجرًا ليبسط عليه ثيابه لا يجوز؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة من الأشجار، والإجارة إنما يجوز إيرادها على منافع مقصودة؛ ولأن هذه ليست من إجارات الناس، ولا نجد أحدًا يستأجر أشجارًا ليبسط عليها ثيابه.

١٣٨٢٠- وفي «المنتقى»: إذا استأجر الرجل سطحًا ليجفف ثيابه عليه جاز، قال: ولا يشبه هذا إذا استأجر نخلا ليجفف ثيابه عليه.

١٣٨٢١- وإذا استأجر الرجل علو منزل ليبني عليه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: موضوع المسألة إذا كان العلو لرجل والسفل لرجل آخر، آجر صاحب العلو العلو من رجل ليبني عليه.

وتكون هذه المسألة فرع مسألة أخرى أن صاحب العلو إذا أراد أن يحدث في العلو بناء، قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس له ذلك، أضر بالسفل أو لم يضر، فإذا لم يملك صاحب العلو إحداث البناء بنفسه لم يملك التمليك من غيره بالإجارة، وعندهما أن يحدث البناء إذا لم يضر بالسفل، فلما ملك صاحب العلو هذا بنفسه ملك التمليك من غيره بالإجارة حتى لو كان العلو والسفل لواحد، فإنه تجوز هذه الإجارة عندهم؛ لأن الآجر يملك إحداث هذا البناء بنفسه، فيملك التمليك من غيره بالإجارة.

ومنهم من قال: لا، بل المسألة على الخلاف، وإن كان العلو والسفل لواحد، فعلى هذا لا تكون المسألة بناء، بل تكون مسألة مبتدأة، فلا بد أن يتكلم لكل واحد منهم بكلام مبتدأ، وإطلاق محمد رحمه الله يدل على هذا، فكان الحجة لهما أن أرض العلو والسفل لواحد، فعلى هذا لا يكون[1]، وهو سقف السفل بمنزلة أرض السفل، حتى دخل سقف السفل في إجارة السفل للسكنى من غير ذكر، كأرض السفل، ولما أخذ الأرض

---

(١) وفي الأصل: لا يكون المسألة.

في حق الإجارة للسكنى، فكذا في حق الإجارة للبناء على الأرض(١).

١٣٨٢٢- ومن استأجر أرضاً ليبني جازت الإجارة، وإن كان قدر البناء مجهولاً، فكذا هذا ههنا مطلقاً، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إذا استأجر الأرض ليبنيها إنما جاز مع جهالته؛ لأن جهالة قدر البناء مما لا يلحق لصاحب الأرض زيادة ضرر، فإنه قل البناء أو كثر، لا يتضرر به رب الأرض، فأما جهالة قدر البناء مما يضر بأرض العلو، وهي سقف السفل، فكانت جهالة قدر البناء ههنا مانعاً جواز الإجارة من هذا الوجه.

١٣٨٢٣- ولو استأجر سطحاً ليبيت عليه شهراً، ذكر في كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجارات: أنه يجوز، وذكر في بعض المواضع أنه لا يجوز، فمن مشايخنا رحمهم الله من وفق، فقال: ما ذكر في كتاب الصلح، وفي بعض روايات الإجارات: محمول على ما إذا كان العلو مسقفاً، وإن لم يكن مسقفاً يكون محجراً، لأن ورد(٢) عليه الحجر؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة، فهو موضع السكنى عادة، فجاز الاستئجار للبيتوتة عليه، وما ذكر في بعض المواضع محمول على ما إذا لم يكن مسقفاً ولا محجراً؛ لأنه إذا لم يكن بهذه الصفة، فهو ليس موضع السكنى عادة، فلا يجوز الاستئجار للبيتوتة عليه.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: في المسألة روايتان، ومن المشايخ رحمهم الله من ذهب إلى ما ذكر في بعض المواضع، وقال: يجوز استئجار السطح للبيتوتة على كل حال، وإطلاق لفظ كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجارات يدل عليه، ووجه ذلك: أن السطح مسكن يمكن السكنى فيه بنصب خيمة، أو ما أشبهه، فتجوز الإجارة عليه.

١٣٨٢٤- وإذا استأجر القاضي رجلاً ليقوم عليه في مجلس القضاء شهراً بأجر مسمى، فهو جائز؛ لأنه استأجره مدة معلومة بأجر معلوم بعمل مباح، وهو قيامه في مجلسه، فيصح كما لو استأجره شهراً للخدمة، ويدخل في ذلك الحدود والقصاص؛ لأن مجرد القيام في مجلسه لا يفيد للقاضي فائدة، والإجارة لا تنعقد على ما لا فائدة

(١) هكذا في الأصل و م، وكذا في ظ: "للأرض".

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكذا في م: "... عليه".

للمستأجر فيه. وإنما يجب القيام في مجلسه إذا قام لبعض ما يعرض للقاضي من هذه الأسباب. فصار القيام بإقامة هذه الأسباب مستحقاً للقاضي ثمرة من ثمرات ما وقعت عليه الإجارة، وهو القيام في مجلسه لا أن يكون هذا معقوداً عليه، حتى لا تجوز الإجارة عليه.

ولو استأجره القاضي لإقامة حدود خاصة، أو لاستيفاء القصاص خاصة، إن لم يذكر لذلك مدة لا شك أنه لا يجوز، وإن ذكر لذلك مدة لم يذكر محمد رحمه الله في الكتب هذا الفصل، وذكر الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في كتابه: أنه يجوز، وإليه مال الشيخ الأجل شمس الأئمة الحلواني والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله في شرح كتاب الإجارات، وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الإجارات: أنه لا يجوز، وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة عدم الجواز إذا لم يذكر لذلك مدة، فالكرخي رحمه الله ومن تابعه قالوا: إذا لم يذكر لذلك مدة، إنما لا يجوز لأن المعقود عليه العمل، وإنه مجهول، لا يدري كم يوجد، ومع الجهالة فيه خطر لا يدرى أيوجد أو لا يوجد، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا ذكر لذلك مدة؛ لأن عند ذكر المدة المعقود عليه تسليم النفس لا العمل، والشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام رحمه الله قال: إذا لم يذكر لذلك مدة إنما لا يجوز إما لإقامة الحدود، فلأنها طاعة، والاستئجار على الطاعة لا يجوز، فإن ذكر لذلك مدة، كما لو استأجر رجلاً سنة ليعلم ولده القرآن، وأما لاستيفاء القصاص إنما لا يجوز كيلا يصير الأجير كالمستوفي نفسه من وجه متى استحق بإزائه أجراً، وسنقرر هذا المعنى بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهذا المعنى موجود فيما إذا ذكر لذلك مدة.

١٣٨٢٥- وإذا قضى القاضي برجل على رجل بالقصاص في النفس، فاستأجر القاضي له رجلاً ليستوفي ذلك، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا يجوز، وعلى قول محمد رحمه الله: يجوز، وفيما دون النفس تجوز الإجارة بالإجماع، محمد رحمه الله يقول: استأجره لعمل معلوم، وهو حز الرقبة، فوجب أن يجوز قياساً على ما لو استأجره ليذبح شاة له، أو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن القصاص فيما لا يجري فيه التمليك، فإنه لو وهب من غير القاتل، أو باع لم يجز، ومتى استحقت

الإجارة على القتل ووجب البدل له ، أما المسمّى أو أجر المثل ثبت التمليك من حيث المعنى ؛ لأن الأجير فيما يعمل كالعامل لنفسه من حيث إنه يأخذ لذلك أجراً ، فيصير من وجه كالعامل في نفسه ؛ فيحصل له نوع ملك ، والقتل لا يقبل ذلك ، فلم يجب البدل حتى يصير معيناً له في القتل من كل وجه ، فلا يثبت له معنى التمليك ، وهذا معنى ما يقول في الكتاب أن القتل ليس بعمل يجوز فيه أخذ الأجر عليه . فأما إذا ثبت أنه عامل في نفسه ، بخلاف الذبح ؛ لأنه متى استحق به أجراً ثبت الملك المعنى ، أكثر ما في الباب أنه يصير كالذابح لنفسه من وجه ، ولكن الذبح لنفسه من كل وجه من جهته جائز ، بأن ملك الشاة منه ؛ فكذا يجوز من وجه بأن يستأجره للذبح ، بخلاف القصاص فيما دون النفس ؛ لأن له حكم المال حتى جاز للوصي استيفاؤه ، وجاز القضاء بالنكول عند أبي حنيفة رحمه الله ، واعتبر فيه التساوي والتكافي ؛ فلو كان مالاً من كل وجه جاز التمليك من كل وجه ، فإذا كان له حكم المال من وجه جاز التمليك من وجه ؛ بخلاف القصاص في النفس ؛ لأنه ليس له حكم المال بوجه ما ، فإذا لم يكن له حكم المال لا يكون قابلاً للتمليك بوجه ما ، ومتى صحت الإجارة ثبت للأجير نوع ملك من حيث المعنى على ما بينا ، فامتنع جواز الإجارة .

ولأن المستحق في القصاص في النفس إزهاق الروح مقصوداً ، وتخريب البنية طريق إليه ، وإزهاق الروح من صنع الله تعالى لا صنع للعبد فيه ، وتخريب البنية وإن كان من صنعه ، فهو ليس بمستحق مقصوداً ليرد عليه عقد الإجارة ، فما ورد عليه عقد الإجارة ، فهو ليس من صنع العبد ، وما هو من صنع العبد ما ورد عليه عقد الإجارة ، بخلاف القصاص فيما دون النفس ؛ لأن المستحق هناك إبانة الجزء ، ورد[1] عليه العقد ، وإنه من صنع العباد ، بخلاف الذبح ؛ لأنه عبارة عن قطع الحلقوم والعروق ، فيرد عليه العقد ، وإنه من صنع العباد .

١٣٨٢٦ - إذا استأجر سنّوراً لأخذ الفأرة لا يجوز ، ولو استأجر كلباً أو بازياً ليصيد به ، ذكر في أضاحي الزعفراني أنه يجوز ؛ لأن الأول ليس من إجارات الناس ، والثاني من إجاراتهم ، وذكر في القدوري مسألة الكلب والبازي ، وقال : لا يجوز ؛ لأنه لا

---

(١) وفي الأصل وم : "فرد" مكان "ورد" .

يقدر على تسليم المعقود عليه، وأنه لا يمكن اختبار الكلب والبازي على الصيد.

١٣٨٢٧- قال في "المنتقى": وكذلك إذا استأجر ديكًا ليصيح لا يجوز، وذكر ثمة أصلًا، فقال: كل شيء من هذا يكون فيه من غير فعل أحد لا يستطيع الإنسان أن يضربه حتى يفعل لا يجوز البيع فيه والإجارة.

١٣٨٢٨- ولو استأجر فحلًا للإنزاء، فهو باطل لقوله ﷺ: «إن من السحت ثمن الكلب ومهر البغي وعسب التيس»(١)، والمراد به أخذ الأجرة؛ ولأن نفس الإنزاء ليس بمقصود، إنما المقصود الإعلاق، وليس في وسعه إيفاؤه.

١٣٨٢٩- وعن أبي يوسف رحمه الله: فيمن استأجر ثيابًا ليبسطها في بيت، ولا يصلي عليها أن الإجارة فاسدة؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة، والإجارة جوزت بخلاف القياس لتحصيل منفعة مقصودة.

١٣٨٣٠- وكذا روي عن محمد رحمه الله: فيمن استأجر دابة ليجنبها يتزين بها، فلا أجر لها؛ لأن قود الدابة ليست بمنفعة مقصودة.

١٣٨٣١- وفي "المنتقى": إذا استأجر تيسًا أو كبشًا ليذلله يسوق الغنم به لا يجوز.

وفي "القدوري": لو استأجر شاة ليرضع منها جديًا أو صبيًا لم يجز، وليس هذا كالآدمي.

١٣٨٣٢- وإذا استأجر من آخر عبدًا أو دابة، وشرط على المستأجر طعام العبد، أو علف الدابة لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة، وأنه مجهول، وجهالة الأجر توجب فساد الإجارة.

وعلى هذا إذا استأجر عبدًا كل شهر بأجر معلوم وطعامه، أو استأجر دابة كل شهر بأجر معلوم وعلفها لا يجوز؛ لأن بعض الأجر مجهول، ومعنى آخر في هذه المسائل أنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأن طعام العبد المستأجر، وعلف الدابة المستأجر على الآجر على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ومثل

---

(١) ذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" (٤/ ٨٧)، وأخرجه النسائي في "الكبرى" (٤٦٨٣).

هذا الشرط يوجب فساد الإجارة.

١٣٨٣٣ - وفي «المنتقى»: استأجر سيفًا شهرًا ليتقلده، أو استأجر قوسًا شهرًا ليرمي عنه يجوز، وإذا استأجر وتدًا يوتد به، ذكر هذه المسألة في «المنتقى» بهذه العبارة في موضع، وذكر: أنه يجوز، وذكر في موضع آخر: إذا استأجر وتدًا ليعلق به بعض الأمتعة، لا تجوز هذه الإجارة.

١٣٨٣٤ - ولو استأجر قومًا يحملون الجنازة، أو يغسلون ميتًا، فإن كان في موضع لا يجد من يغسله غير هؤلاء، فلا أجر لهم، وإن كان ثمة أناس غيرهم، فلهم الأجر، لأن في الوجه الأول أقاموا فرضًا، وهم متعينون له، ولا كذلك الوجه الثاني، والله أعلم.

الفصل السادس عشر
فيما يجب على المستأجر وفيما يجب على الآجر

١٣٨٣٥ - نفقة المستأجر على الآجر، سواء كانت الأجرة عينًا أو كانت منفعة حتى إن من استأجر دابة إلى بغداد بسكنى بيت شهرًا، أو بخدمة عبد شهرًا، أو استأجر عبدًا بسكنى بيت شهرًا، كان علف الدابة ونفقة العبد على الآجر، وهذا الحكم ظاهر فيما إذا كانت الأجرة عينًا، مشكل فيما إذا كانت الأجرة منفعة؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا إنما تجب النفقة على الآجر مع أن المستأجر في قبض المستأجر عامل لنفسه من حيث إنه يستوفي المنفعة، وللآجر من حيث إنه يحصل له الأجر إلا أن ما يحصل للآجر خير مما يحصل للمستأجر؛ لأن الحاصل للآجر عين، والحاصل للمستأجر منفعة، والعين خير من المنفعة؛ لأن العين تبقى زمانين، والمنفعة لا تبقى زمانين، والباقي خير من الفاني، فترجح جانب الآجر على المستأجر، وجعل المستأجر في القبض عاملًا للآجر من كل وجه، وصار المستأجر بمنزلة المودع، ولهذا كانت النفقة على الآجر، فأما إذا كان الأجر منفعة، فلا رجحان لأحد الجانبين على الآخر، فيجب أن لا تكون النفقة على الآجر.

والجواب: بلى إذا كانت الأجرة منفعة فلا رجحان لأحد الجانبين على الآخر في قبض المستأجر، فلا جرم يبقى ما كان على ما كان، والنفقة في الأصل كانت على المالك، فإذا لم يثبت الرجحان لأحد الجانبين في هذا القبض تبقى النفقة على المالك كما كان في الأصل، وصارت نفقة المستأجر في هذه الصورة نظير نفقة المرهون، فإن نفقة المرهون تجب على الراهن، وإن كانت منفعة قبض المرهون مشتركة بين الراهن والمرتهن، فإن الراهن بقبض المرتهن يصير موفي دينه، والمرتهن بقبضه يصل إلى استيفاء الدين، فإن قبض المرتهن يضجر الراهن، فيحمله ذلك على قضاء الدين، ولا رجحان لأحد الجانبين على الآخر، فيبقى ما كان على ما كان، كذا ههنا.

قال: وتطيين الدار وإصلاح ميازيبها، وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن إصلاح الملك على المالك، ولا يجبر على ذلك، ولكن للمستأجر أن

وكذلك إذا تكاراها للركوب ، ففي اللجام والسرج يعتبر العرف أيضاً. وإذا تكارى دابة لحمل الحنطة إلى منزله ، وإنزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى ، وفي الإدخال في المنزل يعتبر العرف ؛ وكذلك الحمال يحمل على ظهره ، ففي الإدخال في المنزل يعتبر العرف ، وليس على المكارى أن يصعد به على السطح إلا أن يكون اشترط ذلك ، وبيّن له ، وفي سلك الخياط إذا لم يكن عادة معروفة ، فهو على صاحب الثوب ؛ لأن الإجارة ما وضعت لاستيفاء العين ، وهو كالصبغ إذا لم يكن فيه عادة معروفة يكون على صاحب الثوب لما ذكرنا.

١٣٨٣٩-وإذا استأجر وراقاً وشرط عليه الحبر والبياض ، فاشتراط الحبر صحيح ، واشتراط البياض باطل ؛ لأنه لو صح يكون عاملاً في ملك نفسه ، فلا يكون أجيراً.

وإذا استأجر قصاراً ليقصر له ألف ثوب ، فحملها على القصار إلا أن يشترط القصار حملها على رب الثياب.

١٣٨٤٠-حمّال حمل أحمالاً بكراء ، فلما بلغ الموضع نزل في دار ، ووضع الأحمال في موضع منها ، ثم وزنها على صاحبها ، وسلمها إليه ، فلم يرفعها أياماً ، ثم اختصموا في كراء ذلك الموضع ، ورب الدار يأخذ الحمال بالكراء ، فإن كانت الأحمال في موضع مستأجر بالعقد فالكراء على من استأجر ، وإن كانت الأحمال في موضع يستعمل بأجر غير معقود عليه ، فبعد الوزن والتسليم يجب الكراء على المسلم إليه ، وقبل ذلك يجب على الحمال ؛ لأن ما يجب في هذه الصورة يجب بحكم الاستعمال ، لا بالعقد ، والمستعمل بعد التسليم المسلم إليه ، وقبل[١] ذلك المستعمل هو الحمال.

---

(١) وفي الأصل: وقيل.

الفصل السابع عشر
في الرجل يستأجر فيما هو شريك فيه

١٣٨٤١ – وإذا استأجر أحد الشريكين نصف دابة صاحبه، أو نصف عبد صاحبه على أن يحمل[1] نصيبه من الطعام المشترك إلى موضع كذا، والطعام غير مقسوم، فلا أجر له، وعلى هذا الإجارة على عمل في محل مشترك، ووجه ذلك: أن المقصود من هذه الإجارة ليس نفس العمل، بل المقصود وصف يحصل للمحل[2] وهو صيرورة المحل محمولاً، وهذا الوصف لا يتصور تحصيله للشائع، فقد أضاف العقد إلى محل لا يمكن تحصيل المعقود عليه فيه، فلغى العقد.

١٣٨٤٢ – قال محمد رحمه الله: لو استأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه ليحمل الطعام المشترك إلى موضع، فهو جائز، وكذلك لو أراد أن يطحن الطعام المشترك، ولأحدهما رحى، فاستأجر أحدهما نصف رحى شريكه ليطحن به الطعام المشترك، وكذلك لو استأجر منه نصف الجوالق على أن يحملا فيه هذا الطعام إلى موضع كذا.

والفرق: وهو أن الإجارة إذا وقعت على العمل، فوجوب الأجرة يقف على العمل، والعمل في محل شائع، لا يتصور، فلا ينعقد العقد أما إذا وقعت على المنفعة، فوجوب الأجر لا يقف إيقاع النفع في ذلك المحل، ألا ترى أنه يجب الأجر بتسليم العين قبل الانتفاع، فيصح العقد في قول من يجوز إجارة المشاع، ذكر هذه المسائل في المنتقى.

وفي «عيون المسائل»: قال محمد رحمه الله في «العيون» عقيب ذكر هذه المسائل: كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون منه عمل، فإنه لا يجوز وإن عمل، فلا أجر له، وكل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون منه العمل، فهو جائز، وذلك نحو الجوالق وأشباهه.

(١) وفي الأصل: أن يحمل.

(٢) وفي م: يحصل للمحمل.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا خلاف رواية الأصل، فإنه ذكر محمد رحمه الله في كتاب المضاربة: ولو استأجر من صاحبه بيتًا أو حانوتًا، لا يجب الأجر.

وفي نوادر ابن سماعة رحمه الله: رجل استأجر رجلين يحملان له هذه الخشبة إلى منزله بدرهم، فحملها أحدهما، فله نصف درهم، وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل ذلك في الحمل والعمل، وكذلك لو استأجرهما لبناء حائط، أو حفر بئر، ولو كانا شريكين في الحمل والعمل يجب الأجر كله، ويكون بين الشريكين، ويصير عمل أحدهما بحكم الشركة كعملهما.

١٣٨٤٣- وفي «الأصل»: إذا استأجر الرجل قومًا يحفرون له سردابًا بإجارة جائزة، فعملوا إلا أن بعضهم عمل أكثر مما عمل الآخر، كان الأجر مقسومًا بينهم على عدد الرؤوس، فرق بين هذا وبينما إذا استأجر دابتين ليحمل عليهما عشرين مختومًا من الحنطة بكذا حتى لم يكن له أن يحمل على واحد منهما أكثر من العشرة؛ لأن العشرين أضيفت إليهما على السواء، فلو حمل عليهما عشرون مختومًا إلا أنه حمل على أحدهما أكثر من العشرة، فإنه يقسم الأجر عليهما على قدر أجر مثلهما، وههنا قال: يقسم الأجر على عدد الرؤوس.

والفرق: أن التفاوت فيما بين الدواب تفاوت فاحش يختلف الأجر بمثله، فلا بد من اعتبار التفاوت وقسمة الأجر على قيمة عملهما، وأما التفاوت بين الأجراء في عمل تفاوت يسير لا يعتبره الناس فيما بينهم، فسقط اعتبار التفاوت، وقسم الأجر بينهم على عدد رؤوسهم إذا اشتركوا في العمل.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا لم يكن التفاوت بين الأجراء في العمل في هذه الصورة تفاوتًا فاحشًا، أما إذا تفاحش التفاوت لا يقسم الأجر على عدد الرؤوس، كما في مسألة الدابتين، وإن لم يعمل أحدهم لمرض، أو عذر آخر، إن لم يكن بينهم شركة، بأن لم يشتركوا في تقبل هذا العمل سقط حصة أجر المريض؛ لأنه لم يوف عمله لا بنفسه، ولا بنائبه؛ لأنه لم يستعن بأصحابه حتى يجعل ما زاد على نصيبهم من العمل بحكم الاستعانة واقعًا له، بل يجعل الزيادة واقعة لصاحب السرداب، ويكون عملهم في الزيادة على نصيبه تطوعًا

فهو نظير رجل دفع أرضه إلى آخر مزارعة، فجاء رجل آخر، وزرع ذلك الأرض متبرعاً كان الزرع لصاحب الأرض؛ لأنه لا يمكن أن يجعل عمله للمزارع؛ لأنه لم يوجد منه استعانة به، ولم يعمل في ملكه، فجعلناه واقعاً لصاحب الأرض، وإن اشتركا في تقبل هذا العمل يجب كل الأجر وتكون حصة المريض له؛ لأن المريض في هذه الصورة مستعين بهم دلالة؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم إنما[1] يعتقدون عقد الشركة في تقبل الأعمال حتى إذا عجز واحد منهم يعينه الآخر، ولو وجدت الاستعانة صريحاً، كان الجواب، كما قلنا، فههنا كذلك.

١٣٨٤٤ - وفي «فتاوى أبي الليث رحمه الله»: صباغان أجر أحدهما آلة عمله من الآخر، ثم اشتركا، فإن كانت الإجارة، وقعت على كل شهر يجب الأجر في الشهر الأول، ولا يجب بعد ذلك؛ لأن في الشهر الأول الشركة طرأت على إجارة صحيحة منعقدة، فلا يبطلها، وفي الشهر الثاني الشركة سبقت الإجارة، فمنعت انعقادها، فلا يجب الأجر بعد ذلك أيضاً، وإن آجرها عشر سنين مثلاً، فالأجر واجب عليه في ذلك كله؛ لأن الإجارة قد صحت في كل المدة المسمّى، فلا يبطلها طريان الشك[2] عليهما.

وعن محمد بن سلمة رحمه الله: أن الشركة نوع من الإجارة، وصورة ما نقل عنه: رجل استأجر من آخر حانوتاً، ثم اشتركا في عمل يعملان في ذلك الحانوت، وبقول محمد بن سلمة رحمه الله: يفتى، ويسقط الأجر إذا عملا فيه بحكم الشركة؛ لأنه لم يسلم المعقود عليه، وذكر في باب إجارة الدور من إجارات «الأصل»: إذا تكارى داراً شهراً، فأقام معه رب الدار فيها إلى آخر الشهر، فقال المستأجر: لا أعطيك الأجر لأنك لم تخل بيني وبين الدار، فعليه من الأجر بحساب ما كان في يده اعتباراً للبعض بالكل - والله أعلم -.

---

(١) وكان في الأصل: إنهم إنما لم يعتقدون.

(٢) وفي ط: الشركة.

الفصل الثامن عشر
في فسخ الإجارة بالعذر وبيان ما يصلح عذرًا وما لا يصلح

١٣٨١٥ - الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ لأن الفسخ في باب الإجارة امتناع عن القبول من وجه وفسخ لعقد منعقد من وجه؛ لأن الإجارة في حق المعقود عليه، وهو المنافع تجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، وفي حق الآجر يعتبر منعقدًا في الحال؛ لأنه لا ضرورة في حق الأجر، وإنما تأخر وقوع الملك في الأجر لا بعدم انعقادها العقد في حقه للحال، بل ضرورة تأخر الملك في المنفعة تحقيقًا للتساوي، ولهذا قلنا: إن الأجرة تملك بالتعجيل، وباشتراط التعجيل ولو لم يكن العقد منعقدًا في طرف الأجرة ما ملكت بالتعجيل، أو اشتراط التعجيل كما لو أضيفت إلى وقت آت، وإذا اعتبرت الإجارة منعقدة في الحال في حق الأجرة، وفي حق المنافع يعتبر متجددًا انعقادها ساعة فساعة، كان الفسخ امتناعًا عن القبول من وجه فسخًا لعقد منعقد من وجه، فعملنا بهما في حالين، فاعتبرناه امتناعًا عن القبول حال عذر يتمكن في العاقد، فجوزناه من غير قضاء، ولا رضا صاحبه على ما عليه إشارات «الأصل» و«الجامع الصغير»، واعتبرناه فسخًا لعقد منعقد حال عدم العذر، فلم نجوزه بغير رضا صاحبه توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبه الامتناع عن القبول حالة العذر؛ لأنا لو أظهرنا شبه الامتناع عن القبول حال عدم العذر، يلزمنا إظهاره حالة من طريق الأولى، فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذي قلنا: ليمكننا العمل بالشبهين، واستقبح محمد رحمه الله قول من يقول بأن الإجارة لا تفسخ بالأعذار، فقال: أرأيت لو أن رجلا استأجر رجلا ليقلع سنه لوجع أصابه، أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة وقعت فيها، فسكن الوجع، وبرأت اليد، أيجبر المستأجر على المضي في الإجارة والتمكين من قلع السن وقطع اليد؟ وأرأيت لو استأجر رجلا ليتخذ له وليمة العرس، فماتت المرأة، أيجبر المستأجر على المضي؟ لا شك أنه لا يجبر، لما في المضي من الضرر، وأنه قبيح.

ثم العذر إذا تحقق تنفسخ الإجارة بنفس العذر، أو يحتاج فيه إلى الفسخ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا نصاً في شيء من الكتب، وإشارات الكتب متعارضة؛ في بعضها تشير إلى أنها تنفسخ بنفس العذر، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله، وفي عامتها تشير إلى أنه يحتاج فيه إلى الفسخ، وعليه عامة المشايخ رحمهم الله، وهو الأصح.

ومن المشايخ رحمهم الله من قال: كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعاً تنتقض الإجارة بنفسه، ولا يحتاج فيه إلى الفسخ، كما في مسألة الآكلة، وقلع السن، فإن بعدما برئ اليد، وسكن الوجع، لا يجوز قلع السن، وقطع اليد، فلا فائدة في إبقاء العقد، فينتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً، ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، ثم إذا احتيج إلى الفسخ على ما عليه إشارات عامة الكتب ينفرد صاحب العذر بالفسخ، أو يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، أو رضا العاقد الآخر.

ذكر في «الزيادات»: أنه يشترط القضاء، أو الرضا وإليه أشار في «الجامع الصغير» وفي «الأصل» إلى أنه لا يشترط القضاء أو الرضا.

ومن شرط النقض من المشايخ اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: ما ذكر في «الزيادات» محمول على عذر يحتمل الاشتباه، كما إذا لحق الآجر دين، وهو يدعي أنه لا وفاء له إلا من ثمن الدار، إذ يحتمل(1) أن له وفاء بغير الدار المستأجرة، فيحتاج فيه إلى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء.

وما ذكر في «الأصل» وفي «الجامع الصغير»: محمول على ما إذا كان العذر أمراً واضحاً لا اشتباه فيه، فلا يحتاج فيه إلى القضاء، ومنهم من قال في المسألة روايتان: وجه رواية «الجامع الصغير» و«الأصل»: أن هذا في معنى العيب قبل القبض، فإن المنافع لا يصير مقبوضة بقبض الدار حقيقة، والعيب قبل القبض يوجب الفسخ من غير قضاء، ولا رضا، كما في بيع العين، وجه ما ذكر في «الزيادات»: أن هذا إن كان في معنى العيب قبل القبض حقيقة على الوجه الذي قلنا، فهو في معنى العيب بعد القبض

(1) هكذا في ص، وكان في الأصل و م: «ويحتمل» مكان «إذ يحتمل».

حكماً، فإنه أقيم قبض الدار مقام قبض المنافع في حق تمام العقد، فيشترط فيه القضاء أو الرضا.

١٣٨٤٦ -إذا حدث في العين المستأجر عيب لا يوجب خللا في المنافع، لم يكن للمستأجر أن يفسخ العقد، وذلك نحو العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، أو سقط حائط من الدار، لا ينتفع به سكانها، وهذا لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة، فإذا لم يتمكن[1] الخلل في المنافع، كان المعقود عليه قائماً من كل وجه، فلا معنى لإثبات الخيار، وإن كان العيب يوجب خللا في المنافع، كالعبد إذا مرض والدابة إذا دبرت، والدار إذا انهدم بعض بنائها، حتى أوجب نقصاناً في سكنى الباقي، كان للمستأجر أن يفسخ العقد؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه على الوجه المستحق بالعقد لتمكين[2] الخلل فيه، فإن شاء رضي بالخلل، واستوفاه كذلك، وإن شاء فسخ العقد.

وإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار قبل فسخ المستأجر، فلا خيار للمستأجر؛ لأن الخلل قد ارتفع والعقد يتجدد انعقاده على حسب المنافع، فلم يتمكن الخلل في المعقود عليه في العقد الآتي، فلا يكون له حق الفسخ.

١٣٨٤٧ -ولو كان المؤاجر غائباً، فليس للمستأجر أن يفسخ؛ لأن حضور العاقدين شرط صحة الفسخ، عرف ذلك في كتاب البيوع، ولو سقطت الدار كلها، فله أن يخرج سواء صاحب الدار شاهداً أو غائباً، فهذا إشارة إلى أن عقد[3] الإجارة ينفسخ بانهدام الدار، فإنه قال: فللمستأجر أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً، ولو لم ينفسخ العقد، واحتيج إلى الفسخ، يشترط حضرة صاحبه، كما في المسألة المتقدمة، وهذا فصل اختلف أصحابنا فيه.

بعضهم قالوا: ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى، وانقطاع الشرب عن الأرض إذا كان لا يمكنه أن يزرع، واستدل هذا القائل باللفظ الذي ذكرنا،

---

(١) وفي الأصل: لم يكن.

(٢) وفي الأصل وم: لتمكن الخلل.

(٣) وفي الأصل: هذا مكان عقد.

ومنهم من قال : لا ينفسخ العقد بانهدام الدار ، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصلح : أنه إذا صالح على سكنى دار ، فانهدمت ، لم ينفسخ الصلح ، واستدلوا أيضًا بما روى هشام عن محمد رحمهما الله فيمن استأجر بيتًا ، فانهدم ثم بناه الآجر ، فليس للمستأجر أن يمتنع ، ولا للآجر ، فهذا إشارة إلى أن العقد لا ينفسخ بانهدام الدار ، وهذا لأن المنفعة ما فاتت من كل وجه ، فإن الانتفاع بالعرصة ممكن من وجه ، بأن يضرب خيمة فيها ولو فاتت المنفعة من كل وجه ، إلا أنها ما فاتت على سبيل التأبيد إنما فاتت على وجه يحتمل العود ، فأشبه إباق العبد المستأجر ، وذلك لا يوجب انفساخ العقد ، ونص في إجارات "الأصل" في باب الرحى : الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء عنها .

١٣٨٤٨ - وفي "فتاوي الفضلي" : الآجر إذا نقض الدار المستأجرة برضا المستأجر ، أو بغير رضاه ، لا تنتقض الإجارة ؛ لأن الأصل باقي ، قال : وهذا بمنزلة ما لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر ، وهناك لا تنتقض الإجارة ، بل سقط الأجر عن المستأجر ما دامت الدار في يد الغاصب .

ومن المشايخ رحمهم الله من قال : ينفسخ العقد بانهدام الدار ، ثم يعود بالبناء ، ومثل هذا جائز ، ألا ترى أن الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره ، كذا هنا .

فإن بنى الآجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد إن شاء ، هكذا ذكر في "النوادر" ، وأنه يخالف رواية هشام عن محمد رحمهم الله في مسألة البيت ، وجه هذه الرواية أن التخيير قائم فيها ؛ لأن الدار إذا كانت جديدة تكون أبرد في بعض الأوقات ، وأحر في بعضها ، وعلى قياس هذه الرواية ينبغي أن يكون للمستأجر حق الفسخ إذا سقط بعض البناء ، وبناه الآجر قبل الفسخ ، ويجوز أن يكون بينهما فرق ، فيتأمل عند الفتوى .

١٣٨٤٩ - وقال محمد رحمه الله في السفينة المستأجرة إذا نقضت وصارت ألواحًا ، ثم ركبت وأعيدت سفينة : لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر ، قال محمد رحمه الله : ولا يشبه هذا الدار ؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيد صارت سفينة أخرى ،

ألا ترى أن من غصب من آخر ألواحاً، وجعله سفينة ينقطع حق المالك، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر داراً وقبضها، فانهدم بيت منها، يرفع عنه من الأجر بحصته، ولا يؤخذ واحد منهما ببنائه.

١٣٨٥٠- وإذا استأجر غلاماً ليخدمه في المصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر، فهذا عذر له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه في المصر، إذ لا يمكنه أن يخرج بالعبد؛ لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر، وحبس نفسه في مكان بعينه عقوبة، فيصير عذراً له في فسخ الإجارة.

وأما إذا استأجره ليخدمه مطلقاً، ولم يقيده بالمصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر، هل يكون له عذر في فسخ الإجارة؟ فهذه المسألة تبنى على مسألة أخرى أن من استأجر عبداً في المصر للخدمة، هل له أن يسافر؟ إن لم يكن له أن يسافر به كان عذراً له، وإن كان أن يسافر به لم يكن عذراً، وقد مرت المسألة في فصل الاستئجار للخدمة، فإن قال المؤاجر للقاضي: إنه لا يريد السفر، ولكنه يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أنا أريد السفر، فالقاضي يقول للمستأجر: مع من تخرج، فإن قال: مع فلان وفلان، فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا نعم، ثبت العذر، وما لا فلا، وهذا لأن الخروج لا بد له من الاستعداد، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾[1].

وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضي يحكم بزيه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله[2] مسافراً، وهذا لأن الزي والسيماء حجة يجب العمل بها عند اشتباه الحال على ما عرف في موضعه.

وبعضهم قالوا: إذا أنكر الأجير السفر، فالقول قوله، وبعضهم قالوا: القاضي يحلف المستأجر بالله، أنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري، وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله، أنك قد خرجت قاصداً إلى الموضع الذي ذكرت،

---

(١) سورة التوبة: الآية ٤٦.

(٢) وفي الأصل وم: «يجعله».

لفوات المنفعة عليه كما مر.

١٣٨٥٢ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: رجل ساكن في قرية استأجر أرضًا في قرية أخرى، ثم بدا له أن يترك هذه الأرض، ويزرع أرضًا أخرى في قرية أخرى. قال: إن كان بينهما مسيرة سفر، كان عذرًا له في فسخ الإجارة، وإلا فلا؛ لأن المسافة إذا كانت بعيدة يلحقه الضرر، وإن كانت قريبة لا يلحقه الضرر، وقدر البعيد مسيرة السفر.

وإذا لحق الآجر دين فادح، لا وفاء له إلا من ثمن الدار المستأجرة، أو من ثمن العبد المستأجر، فهذا عذر في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه إبقاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه، وهو الحبس، فإنه يحبس فيصير ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحبسه القاضي إذا تعلق بداره حق المستأجر، بل يتأخر الحبس إلى أن تنقضي الإجارة.

قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاء له إلا من ثمن المستأجر، بل يحبسه، فإذا حبسه فينبغي للآجر أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وليس للآجر أن يفسخ بنفسه، وقد مر هذا.

ثم إذا رفع الآجر الأمر إلى القاضي، وطلب من القاضي أن ينقض الإجارة، فالقاضي لا ينقضها؛ لأنه لا حق للآجر في نقض الإجارة، إنما حقه في البيع قضاء للدين، وإنما يحتاج إليه لأجله، فلو نقض القاضي الإجارة قبله ربما لا يتفق البيع بعد ذلك، فيكون اشتغالًا بنقض العقد مقصودًا، ويبطل حق المستأجر، وإنه لا يجوز، وإن طلب من القاضي أن يبيع المستأجر بنفسه، أو أمر الآجر أو غيره بالبيع أجابه القاضي إلى ذلك.

وهذا الجواب إنما يتأتى على هذه الرواية؛ لأنه على ظاهر الرواية حق المستأجر لا يمنع البيع، ولكن يمنع التسليم، وللمشتري الخيار: إن شاء صبر إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، وطلب التسليم أو الفسخ، فإذا رفع الأمر إلى القاضي، وأثبت البائع الدين بالبينة، فالقاضي يمضي البيع، ويتضمن ذلك نقض الإجارة، فيأخذ الثمن من المشتري، ويسلمه إلى الغريم.

قال: وإن أبى أن يمضي القاضي البيع، فالأجرة واجبة على المستأجر؛ لأن

المستأجر في يده ، وهو متمكن من الانتفاع به ، فيجب عليه الأجر ، وكان الأجر للآجر ؛ لأنه بدل ملكه ، ويكون طيبًا له ؛ لأنه وجب بحكم عقد صحيح ، وكذلك لو أن الآجر باع الدار بنفسه قبل أن يتقدموا إلى القاضي ، ثم تقدموا إلى القاضي ، فعلى المستأجر أجر الدار حتى ينقض القاضي الإجارة بإمضاء البيع وتنفيذه ، لما ذكرنا من المعنى ، هذا إذا كان الدين على الآجر ظاهرًا معلومًا للقاضي ، وأما إذا لم يكن ظاهرًا معروفًا ، وإنما عرف بإقرار الآجر ، وصدقه المقر له في إقراره ، وكذبه المستأجر ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : يبيع الأرض ، وتنقض الإجارة ، وعلى قولهما : لا تباع الأرض ، ولا تنقض الإجارة ، فهما لا يقولان بصحة إقراره في حق المستأجر ؛ لأنه تضمن إضرارًا بالمستأجر وإبطال حقه عن عين المستأجر ؛ لأن حقه تعلق بعين المستأجر ، ولهذا لا يصح إقرار الآجر بعين المستأجر لغيره ، فيكون إقرارًا على المستأجر ، وإقرار الإنسان على غيره لا يصح .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بصحة إقراره ؛ لأنه تصرف في ذمته ؛ لأن محل الدين الذمة ، ولا حق لأحد بقي في ذمته ، فكان إقرارًا على نفسه ، فيصح الإقرار ، ويثبت الدين مطلقًا ، وما يقولان بأن فيه ضرر المستأجر ، قلنا : لا ضرر للمستأجر في نفس الإقرار ، وإنما ضرره في البيع والاستيفاء ، وإنه فعل اختياري ، لا يضاف إلى الإقرار ، فلا يصير به مقرًا على الغير ، كإقرار العبد على نفسه بالقصاص .

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله : إذا ثبت الدين مطلقًا بإقرار الآجر ، صار الآجر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع ، فيجب عليه البيع ، كما في المسألة الأولى ، ويحبس إذا امتنع عنه ، وعندهما لما لم يثبت الدين بإقراره في حق المستأجر لم يصر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع ، فلا يجب عليه البيع ، ولا يحبس إذا امتنع منه ، ولكن المقر له يلازم الآجر ، ويدور معه حيث دار ، فإذا انقضت مدة الإجارة الآن يحبسه ؛ لأنه صار قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع إذا آجر داره ، ثم أراد أن ينقض الإجارة ويبيع الدار ؛ لأنه لا نفقة له ولعياله ، فله ذلك ، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله ؛ لأن هذا أشد من الحاجة إلى قضاء الدين ، وذلك عذر ، فهذا أولى .

١٢٨٥٣ - وفي الأصل : إذا انهدم منزل الآجر ، ولم يكن له منزل آخر ، فأراد أن

يمكن هذا عذراً ، لم يكن له ذلك ، وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله : إذا تكارى إبلاً من الكوفة إلى بغداد ، ثم بدا له أن يتكارى محملاً ، فهذا ليس بعذر في هذا الشيء ، أما لو اشترى بعيراً أو دابة فهو عذر ؛ لأنه استغنى عن الإجارة ، فصار كما لو ترك السفر .

١٣٨٥٤ - وفي «الأصل» : إذا استأجر من آخر منزلاً ، ثم إن المستأجر اشترى منزلاً ، وأراد أن يتحول إليه ، ويفسخ الإجارة ، فليس له ذلك ، وهذا ليس بعذر ؛ لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحقه ، فإنه يؤاجر منزله الذي اشتراه ، ويصرف كراه إلى الذي استأجره . فلما أمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحقه ومع ذلك لم يصلح عذراً في فسخ الإجارة ، فعلى قياس ما ذكر في «الأصل» ينبغي أن يقال في مسألة الفتاوى : أنه إذا اشترى بعيراً أو دابة أنه لا يكون عذراً .

١٣٨٥٥ - قال في «الجامع الصغير» : الخياط إذا استأجر غلاماً ليخيط معه ، فأفلس الخياط ، وقام عن السوق ، فهذا عذر ؛ لأن تجارته تنقطع بالإفلاس ، فتبقى الإجارة غرامة عليه ، فثبت له حق الفسخ دفعاً للغرامة عن نفسه .

فإن قيل : الخياط يتوصل إلى الخياطة بمال قليل ، فكيف يتحقق إفلاسه ؟

قلنا : الخياط إنما لا يتوصل إلى الخياطة بمال قليل إذا كان يعمل بغيره ، أما إذا كان يعمل لنفسه ، لا يتوصل إليها إلا بمال كثير ، وكان محمد رحمه الله قال هذا في خياط يعمل لنفسه ، أو الخياط الذي يعمل لغيره فلا يتحقق إفلاسه ، بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو تلحقه ديون كثيرة ، ويصير بحال إن[1] الناس لا يأمنونه على أمتعتهم ، وأما إذا أراد أن يترك الخياطة ، ويعمل في الصرف ، فهذا ليس بعذر تفسخ به الإجارة ، وقال في كتاب الإجارات : إذا استأجر من آخر حانوتاً ليبيع فيه الطعام ، ثم بدا له أن يقعد في سوق الصيارفة ، فهذا عذر .

والفرق أن في مسألة كتاب الإجارات لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه في هذا السوق المعين ، إذ لا يمكن الجمع بين تجارتين في سوق واحد ، وحبس نفسه في مكان معين عقوبة وعذاب ، فيجعل ذلك عذراً دفعاً للعقوبة عن نفسه . أما في مسألة «الجامع الصغير» : يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في هذا السوق

(١) وفي الأصل : «أن» .

المعين، بأن يقعد بنفسه في سوق الصيارفة، ويستعمل الغلام في عمل الخياطة في ذلك السوق، فلم يجعل في ذلك عذراً.

١٣٨٥٦ - وإذا استأجر رجلاً ليقصر ثياباً له، أو ليخيط وليقطع قميصاً له، أو ليبني له بناء، أو ليزرع أرضاً له ببذره، ثم بدا له أن لا يفعل، كان ذلك عذراً له؛ لأنه لا يمكنه المضي على الإجارة إلا باستهلاك المال في بعض الصور، وهو الزراعة والقطع والبناء. أما الزراعة والقطع فظاهر، وأما البناء فلأن فيه إتلاف المالية، وكذلك إذا استأجر لحفر البئر؛ لأن في الحفر إتلاف جزء من الأرض، وكذلك إذا استأجر للحجامة والفصد؛ لأن في الحجامة إيلام وإتلاف جزء من البدن، ولو امتنع الأجير عن العمل في هذه الصورة، يجبر عليه، ولا تفسخ الإجارة؛ لأنه يمكنه المضي على الإجارة من غير ضرر يلزمه.

١٣٨٥٧ - وإذا استأجر أرضاً ليزرع، فغرقت الأرض، أو نزت، كان ذلك عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات قبل التسليم، وأنه يثبت للعاقد حق الفسخ، كما في بيع العبد إذا أبق العبد قبل القبض، فإنه يكون للمشتري حق الفسخ، وطريقه ما قلنا، فإن مرض المستأجر، وعجز عن الزراعة، فإن كان ممن يعمل بنفسه، فهذا عذر؛ لأنه عجز عن الانتفاع بالأرض لمرضه إذا كان يعمل بنفسه فهو بمنزلة ما لو عجز عن الانتفاع بالأرض بأن غرقت أو نزت، وذلك عذر فههنا كذلك، وإن كان إنما يعمل بإجرائه، فهذا ليس بعذر؛ لأن مرضه لا يمنع أجراءه عن العمل في الأرض.

١٣٨٥٨ - وإذا أبق العبد المستأجر، فللمستأجر أن يفسخ الإجارة، وهو عذر؛ لأن المعقود عليه فات قبل التسليم، فهو بمنزلة الأرض إذا غرقت أو نزت.

١٣٨٥٩ - وإذا وجد العبد المستأجر للخدمة سارقاً، فهذا عذر؛ لأن هذا بمنزلة العيب في المعقود عليه؛ لأن السرقة توجب نقصاناً في الخدمة؛ لأنه متى كان سارقاً، لا يأتمنه المستأجر على ماله، إذا خلى بينه وبين أعمال الخدمة في الدار خوفاً من سرقته على ماله، ويتعسر عليه ملازمته في كل ساعة وأوان، فهو معنى قولنا هذا عيب في المعقود عليه، فيثبت للعاقد الخيار، كما إذا وجد العبد المشترى سارقاً، وإن كان العبد غير حاذق للعمل الذي استأجره عليه، فهذا لا يكون عذراً للمستأجر في فسخ الإجارة؛ لأنه

طواف الزيارة في الفصلين جميعاً، ولا يمكن جبر الجمّال على المقام في الفصل الأول؛ لأنه ما جرت العادة بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل مدة النفاس، فيتضرر الجمال بذلك، فينفسخ العقد دفعاً للضرر عنهما. أما في الفصل الثاني جبر الجمال على المقام ممكن؛ لأن العادة جرت بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل هذه المدة، فلا يتضرر الجمال بذلك.

١٣٨٦١ - وإذا اشترى شيئاً وآجره من غيره، ثم اطلع على عيب به، فله رده بالعيب، وتنفسخ الإجارة؛ لأنا لو بقينا عقد الإجارة يتضرر الآجر من حيث إنه يلزمه المبيع معيباً.

١٣٨٦٢ - وإذا آجر الرجل نفسه في عمل من الأعمال، ثم بدا له أن يترك ذلك العمل، وينتقل إلى غيره بأن كان حجاماً آجر نفسه للحجامة، ثم قال: أنفت من هذا العمل، وأريد أن أتركه ليس له ذلك؛ لأنه التزام العمل وصح الالتزام ولا عذر فيه وقت الالتزام؛ لأنه من أهله إنما أراد أن يترفع[1] الآن، فيقال له: أوف ما التزمت ثم ترفع، وإن كان ذلك العمل يعير من عمله، وهو مما يعاب بذلك، فله أن يمتنع عن العمل، وأن يفسخ الإجارة؛ لأنه إذا لم يكن ذلك العمل من عمله يلحقه العار في المضي عليه، فصار ذلك عذراً له في فسخ الإجارة.

١٣٨٦٣ - وكذلك المرأة إذا آجرت نفسها ظئراً وهي ممن يعاب بذلك، فلأهلها أن يخرجوها، وكذا إن أبت هي لم تجبر عليه لما ذكرنا.

وعن محمد رحمه الله: فيمن استأجر أرضاً ليزرع شيئاً سماه فزرعها، وأصاب الزرع آفة، وقد ذهب وقت زراعة ذلك النوع، فإن أراد أن يزرع ما هو أقل ضرراً من الأول، أو مثله، فله ذلك، وإلا فسخت الإجارة، ولزمته ما مضى من الأجر، وهذا لأن في إبقاء العقد مع فوت المقصود إضراراً بالمستأجر، ولا ضرر للآجر في زراعة ما هو دون الأول أو مثله.

١٣٨٦٤ - وإذا انتقص الماء عن الرحى، فإن كان النقصان فاحشاً فللمستأجر حق الفسخ، وإن كان غير فاحش، فليس له حق الفسخ؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن

---

(١) زيد في الأصل: يرتفع

نقصان غير فاحش غالبًا، وهذا لأن الماء لا يجري على سنن واحد دائمًا، بل ينتقص مرة، ويزداد أخرى، غير أن النقصان الفاحش في مدة قليلة ليس بغالب، وغير الفاحش غالب، فإذا أقدم على استئجار الرحى مع علمه بما قلنا، يصير راضيًا بالغير الفاحش، ولا يصير راضيًا بالفاحش، فلا يثبت حق الفسخ في غير الفاحش لمكان الرضا، ويثبت في الفاحش لعدم الرضا.

قال القدوري في شرحه: إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو نقصان فاحش.

وفي «واقعات الناطفي»: إذا قل الماء ويدور الرحى، ويطحن على نصف ما كان يطحن، فللمستأجر رده أيضًا، ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضا منه، وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك، وهذه الرواية تخالف رواية القدوري، هذا إذا انتقص الماء عن الرحى. وإذا انقطع الماء عن الرحى في بعض المدة، نحو أن يستأجر رحى كل شهر بأجر مسمى، فانقطع الماء عنه في بعض الشهر، فلم يعمل فللمستأجر الخيار، هكذا ذكر في «الأصل». وهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ بانقطاع الماء عن الرحى؛ لأن المعقود عليه وهو منفعة الطحن وإن فاتت قبل القبض، إلا أن العود موهوم، ومثله لا يوجب انفساخ العقد، بل يثبت الخيار للعاقد، كالعبد المستأجر إذا أبق في مدة الإجارة، فإن لم يفسخ حتى عاد الماء لزمته الإجارة فيما بقي من الشهر؛ لزوال الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب ذلك. هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل».

واختلف المشايخ رحمهم الله في تفسير قوله: بحساب ذلك، بعضهم قالوا: معناه بحساب ما انقطع من الماء في الشهر، حتى إذا انقطع الماء عشرة أيام يسقط حصة عشرة أيام من الشهر، وذلك ثلث المسمى، فيسقط عنه ثلث المسمى، وهذا لأن المعقود عليه في إجارة الرحى منفعة الطحن لا عين الرحى؛ لأن الرحى مستأجر للطحن لا غير، فيجعل(١) المعقود عليه منفعة الطحن، وقد فاتت منفعة الطحن في مدة عشرة أيام، فيسقط الأجر بقدره، كما لو استأجر عبدًا للخدمة شهرًا، فأبق العبد عشرة أيام، فإنه يسقط الأجر بقدره، وذلك ثلث المسمى، كذا هنا.

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل و ب: [illegible].

١٣٨٦٥-وقال بعضهم : أراد بقوله : بحساب ذلك ، أي بحصة ما انقطع عن الماء ، وبيان ذلك أن ينظر إلى بيت رحى عشرة أيام ، وهو يطحن بكم يستأجر ، وهو لايطحن بكم يستأجر ، فإن كان يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة ، ولا يطحن يستأجر بخمسة يسقط خمسة دراهم ، وهو حصة ما انقطع من الماء ، ولا يسقط ثلث المسمّى ، كما قاله الأولون ، وذلك لأن منفعة الطحن إن فاتت بقيت منفعة السكنى وربط الدواب ، فإن للمستأجر أن يسكن فيها ، ويربط فيها دوابه ، كما له أن يطحن ، فمنفعة الرحى إن فاتت بقيت منفعة السكنى ، وربط الدواب ، فيسقط الأجر بقدر ما فات ، ويبقى بقدر ما بقي .

قال شيخ الإسلام رحمه الله : وما قاله الأولون أصح ؛ لأن ظاهر الرواية يشهد لهذا ، فإنه قال في "الأصل" : الماء إذا انقطع الشهر كله ، ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر ، فلا أجر عليه في ذلك ، فقد نفى الأجر عنه أصلاً ، ولو كانت منفعة السكنى معقوداً عليه مع منفعة الطحن ، لأوجب بقدر ما يخص منفعة السكنى ، وهذا لأن الرحى لا تستأجر لمنفعة السكنى ، وإنما تستأجر لمنفعة الطحن ، فيجعل منفعة الطحن هو المعقود عليه مقصوداً ، وغيره يدخل تبعاً ، والبدل لا يقابل الاتباع ، فيكون الأجر كله بإزاء منفعة الطحن .

١٣٨٦٦-وذكر القدوري في شرحه : أن من استأجر رحى ماء سنة ، فانقطع الماء بعد ستة أشهر ، فأمسك الرحى حتى مضت السنة ، فعليه الأجر لستة أشهر ، ولا شيء عليه لما بقي ، وإن كانت البيت ينتفع به لغير الطحن ، فعليه من الأجر بحصته ؛ لأنه بقي شيء من المعقود عليه ، فيبقى الأجر بحصته ، وهذا يدلك على أن ما سوى منفعة الطحن داخل في هذا العقد أصلاً لا تبعاً ، فيكون دليلاً على ما قاله الآخرون .

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : رجل استأجر رحى ماء بأداتها وبيتها ، والماء جاري ، ثم انقطع الماء عنها ، فهذا عذر وقد مر هذا ، قال : ولو استأجرها والماء منقطع عنها ، وقال : أنا أصرف ماء نهري إليها ، وكان ذلك بلا حفر ولا مؤنة ، لزمه الأجر ، صرف الماء إليه ، أو لم يصرف ، وإن كان ينبغي لذلك حفر نهر من نهره إلى نهر الرحى ، ومؤنة ، فقال : بدا لي في حفرها كان له أن يترك الإجارة ، فإن حفر وأجرى الماء ، ثم بدا له أن يصرف الماء إلى زرعه ، ويترك الإجارة لم يكن له ذلك ، ويلزمه الأجر ، فإن

جاء من ذلك أمر فيه ضرر عظيم يذهب فيه زرعه، وينفر عياله فصاروا عطاشًا إن قطع الماء عنه، فكان هذا عذرًا له أن يترك الإجارة.

١٣٨٦٧ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: إذا استأجر أرضًا وانقطع عنها شربها، وقد بقي من الإجارة شيء، قال: إن كانت مما يصلح أن يزرع عرفًا، فهو بالخيار في الإجارة، وإن لم ينقضها حتى مضت المدة لزمه الأجر تامًا، وإن خاصم فيها كان له أن يردها، ويرفع عنه من الأجر بحسابه، وإن كانت مما لا يزرع عرفًا لم يلزمه أجر ما بقي من السنة وإن لم يخاصم في ردها.

١٣٨٦٨ - وكذلك رجل استأجر عبدًا من رجل كل شهر بدرهم مثلاً، فمرض العبد، ولم يقدر على مثل ما كان يعمل إلا أنه قد يعمل عملاً دون العمل الذي كان يعمله في الصحة، فله أن ينقض الإجارة، وإن لم ينقضها حتى مضى الشهر، لزمه الأجر، وإن مرض مرضًا لا يقدر على شيء من العمل، فلا أجر عليه.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئرًا، فلقي جبلاً، قال: له الأجر بحساب ما حفر، فإن كانت بلدة يكون فيها ذلك، فبلغ إلى ما هو أصلب مما رأى، فإن كان يعلم أن ذلك سيلقاه كان عليه أن يحفر، وإن قال: لم أعلم حلف بالله لم يعلم، وكان له من الأجر بحساب ما حفر. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا الجواب خلاف جواب الأصل، وقد مر جنس هذه المسألة قبل هذا.

وعنه أيضًا: في رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئرًا في موضع أراه إياه معلوم استدارتها، وشرط عليه أن يحفرها عشرة أذرع، كل ذراع بكذا، فحفر منها أذرعًا، ثم مات فإنه يقوم ما حفر، ويقوم ما بقي، ثم يقسم الأجر على القيمتين، فيعطي حصة ما حفره على، فقال: لأن كل ذراع منها شائع في أسفلها وأعلاها، ومعنى هذا أنه ينظر إلى قيمة ذراع من الأعلى، وإلى قيمة ذراع من الأسفل؛ لأن في الأعلى الحفر يكون أرخص، وفي الأسفل يكون أغلى، فلا بد من الجمع بين القيمتين لتتحقق معنى المعادلة، ثم إذا ظهر قيمة الأعلى وقيمة الأسفل يجعل كل ذراع بينهما، فيكون كل ذراع من الذراعين، ويكون حصته من القيمتين.

١٣٨٦٩ - وإن تكارى دابة، فوجدها لا تبصر بالليل، أو وجدها جموحًا، أو

عصوصاً، فله أن يردها؛ لأنه وجد المعقود عليه معيباً، فكان له الرد، كما في بيع العين. فإن ردها فليس له أن يطالب المكاري بدابة أخرى، إن وقعت الإجارة على هذه الدابة بعينها؛ لأن الإجارة انفسخت بردها، وإن وقعت الإجارة على دابة لا بعينها، فله أن يطالبه بدابة أخرى.

١٣٨٧٠ - وفي مزارعة العيون: إذا استأجر من آخر أرضاً وزرعها، فلم يجد ماء ليسقيها، فيبس الزرع، قال: إن كان استأجرها بغير شرب، ولم ينقطع ماء النهر الذي يرجى منه السقي، فعليه الأجر، وإن انقطع كان له الخيار، وإن كان استأجرها بشربها، فانقطع الشرب عنها، فمن يوم فسد الزرع من انقطاع الشرب، فالأجر عنه ساقط، كما لو انقطع الماء عن الرحى المستأجرة.

وفي مواضع أخر: إذا استأجر أرضاً وماء ليزرعها، فحرب النهر الأعظم، فلم يستطع سقيها، فهو بالخيار، إن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن لم يرد حتى مضت المدة، فعليه الأجر إن كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة ليزرع فيها شيئاً، أما إذا كان بحال لا يمكنه أن يزرع فيها شيئاً بغير ماء بوجه من الوجوه، ولا حيلة له في ذلك، فلا أجر عليه.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر أرضاً، فانقطع الماء، إن كانت الأرض تسقى بماء الأنهار، أو كانت تسقى بماء المطر، لكن انقطع المطر أيضاً، فلا أجر عليه؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها.

١٣٨٧١ - وفي الواقعات: لو استأجر أرضاً، فغرقت الأرض قبل أن يزرعها، فلا أجر عليه، كذا لو غصبها من المستأجر رجل وزرعها، ولو زرعها المستأجر، فأصاب الزرع آفة فهلك، أو غرق، ولم ينبت فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه قد زرع، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله[1].

١٣٨٧٢ - رجل استأجر أرضاً، فزرعها وغاب مالكها، فانقضى فله أن يخاصم الآجر حتى يفسخ القاضي العقد بينهما، وبعد ما فسخ القاضي العقد يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل حتى يدرك زرعه، فإن سقى زرعه؛ لا يكون له حق الفسخ بعد

(١) وفي م: قد زرع، وأما ابن رستم عن محمد رحمه الله وروى هشام عن محمد رحمه الله ... راجع.

ذلك، ويكون ذلك منه رضا، والفتوى في مسألة هلاك الزرع أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله، أو دونه في الضرر بالأرض، وإذا احتال الزرع بأن قرّ منه، وانقطع، فالجواب فيه على نحو ما ذكره هشام رحمه الله، وعليه الأجر إذا لم يرفعه إلى الحاكم، وإن لم يسق

١٣٨٧٣- وفي مزارعة فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله: رجل استأجر أرضاً من أراضي الجبل، فزرعها، فلم تمطر عليه، ولم ينبت حتى مضت السنة، ثم مطر ونبت، فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا نقصانها، وأحاله إلى نوادر ابن سماعة: أما لا كراء عليه لتقرر العذر في كل المدة، وأما عدم النقصان: فلأن الزراعة حصلت بإذن المالك.

قوله: لا كراء عليه معناه أنه لا كراء عليه قبل النبات، فأما بعد ما نبت يجب أن يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كما لو انقضت المدة، وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد، فإن هناك يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كذا هنا.

١٣٨٧٤- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: رجل استأجر طاحونتين مثلاً في موضع يكون الحفر على الآجر عادة، فاحتاج النهر إلى الكري، وصار بحال لا يعمل إلا إحدى الرحاتين، فإن كان بحال لو صرف الماء إليهما جميعاً عملا عملاً ناقصاً، فله الخيار لاختلال ما هو المقصود بالعقد، وعليه أجرهما إن لم يفسخ لتمكنه من الانتفاع بهما، وإن كان بحال لو صرف الماء إليهما لم يعملا، فعليه أجر إحداهما إن لم يفسخ لتمكنه من الانتفاع بالثانية، فإن تفاوت أجرهما، فعليه أجر أكثرهما إذا كان كل الماء يكفيهما؛ لأن الشك وقع في سقوط الزيادة، وإن كان كذلك في موضع يكون الحفر على المستأجر، فعليه الأجر كملا؛ لأنه هو المعطل لما لم يحفر مع أن الحفر عليه.

١٣٨٧٥- ولو استأجر خيمة، وانكسر أوتادها، فالأجر واجب، وليس للمستأجر حق الفسخ لأجله، ولو انقطع الأطناب، فلا أجر؛ لأن الأطناب على الآجر والأوتاد على المستأجر، وإذا منع الآجر شجرة من أشجار الضيعة المستأجرة، فللمستأجر حق الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة.

وإذا استأجر الرجل رجلاً ليذهب بحمولة إلى موضع كذا، فلما ذهب نصف

الطريق بدا للمستأجر أن لا يذهب إلى ذلك الموضع ، ويترك الإجارة ، وطلب من الآجر نصف الأجر ، قال : إن كان النصف الباقي من الطريق مثل الأول في الصعوبة والسهولة فله ذلك ، وإلا يسترد بقدره - والله أعلم بالصواب - .

الفصل التاسع عشر

فيما يكون فسخًا وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ وما لا يكون فسخًا

١٣٨٧٦- كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع له العقد لا ينفسخ العقد بموته، وإن كان عاقدًا يريد به الوكيل، والأب والوصي. وهذا لأن موت من وقع له العقد إنما يوجب انفساخ العقد؛ لأن بقاء العقد انعقد موجبًا للاستحقاق عليه، فإذا مات وثبت الملك للورثة(١) فلو بقينا العقد يكون الاستحقاق واقعًا على الوارث، فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداء. فأما إذا لم يقع له العقد لو بقينا العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد؛ لأن المستحق عليه قائم، فكذا المستحق، وكذلك المتولي في الوقف إذا عقد، ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له، فموته لا يغير حكمه.

١٣٨٧٧- وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده في آخر شرح كتاب التحري: أن من آجر عبد الغير، ومات الآجر قبل إجازة المالك أنه تنفسخ الإجارة، كما في بيع العين، وإن وقعت الإجارة على شيء بعينه فهلك ذلك الشيء بطلت الإجارة بهلاكه؛ لأن المعقود عليه قد هلك، وهلاك المعقود عليه يوجب بطلان العقد.

وإن وقعت الإجارة على دابة بغير عينها، بأن استأجر رجلا حتى يحمل هذا المتاع على إبل فهو جائز؛ لأن المعقود عليه الحمل، وأنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وتعيين آلة الحمل ليس بشرط، ثم إذا جاز هذا العقد وجاء الأجير بإبل، ودفعه إلى المستأجر، فماتت في يده، فعلى الأجير أن يأتي بغير ذلك ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ الإجارة بموته؛ لأن المعقود عليه منها إذا لم يعين الدابة فعل الحمل، وفعل الحمل كان واجبًا عليه في الذمة، والإبل آلة إيفاء ذلك، فإذا هلك بقي الإيفاء مستحقًا عليه في ذمته، كما في الابتداء. فأما إذا عيَّن الإبل، فالمعقود عليه منفعة دابة بعينه، فإذا هلكت بطل العقد ضرورة.

---

(١) هكذا في ط، وكذا في الأصل وم: الوارث

١٣٨٧٨ - وإذا قال الآجر للمستأجر: بع المستأجر، فقال: نعم، لا تنفسخ الإجارة ما لم يبع، لأن قوله: بع، ليس بصريح في الفسخ، بل هو توكيل بالبيع، والفسخ من ضرورات البيع، فما لم يبع لا يثبت ما هو من ضروراته، ويحكى عن بعض المشايخ أن الآجر إذا قال للمستأجر: بع المستأجر من فلان، فباعه من غيره جاز، ولو كان مكان الإجارة رهن، فقال الراهن للمرتهن: بع الرهن من فلان، فباع من غيره لا يجوز، والفرق أن ثمن الرهن رهن، والناس متفاوتون في الإيفاء والمطل، ولا كذلك ثمن المستأجر.

وفي الإجارة الطويلة إذا قال المستأجر للآجر: مال إجارة بده، فقال: هلا نعم، ينفسخ العقد، أشار محمد رحمه الله في الباب الرابع من الزيادات، وعلى هذا قالوا: إذا قال المستأجر للآجر في الإجارة الطويلة مال إجارة بده، فقال: روا باشد، تنفسخ الإجارة، وفي الإجارة الطويلة إذا أخذ مال الإجارة من غير مطالبة الطالب إن أخذ الكل تنفسخ الإجارة، وإن أخذ البعض دون البعض، قال مشايخنا رحمهم الله: إن أخذ الأكثر ينفسخ العقد، وإن أخذ الأقل لا ينفسخ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله، وقال بعضهم: لا ينفسخ العقد بأخذ البعض من غير تفصيل، وقال بعضهم: ينفسخ العقد بقدر ما أخذ، وقال بعضهم: إن أخذ البعض بطريق الفسخ بدلالة تدل على الفسخ ينفسخ العقد في الكل، وإن كان المأخوذ أقل، وإن كان أخذه من غير دلالة تدل على الفسخ لا ينفسخ ما لم يأخذ الكل، وبه كان يفتي الصدر الإمام ظهير الدين المرغيناني.

وإذا بعث المستأجر إلى الآجر [illegible] سيم غلة سنة است تا بيائي ونكيري، فبعث حبه المستأجر، فالآجر، قد أنفق الدراهم على نفسه، لا تنفسخ الإجارة.

١٣٨٧٩ - وإذا قال المستأجر للآجر عند الفسخ: فسخت الإجارة في المحدود الذي استأجرته منك صح الفسخ، وإن لم يذكر حدود المستأجر ولا أضاف المستأجر إلى القبالة، وكذلك إذا قال الآجر للمستأجر: فسخت الإجارة في المحدود الذي أجرته منك صح الفسخ.

وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: رجل استأجر من رجلين دارا مشتركا بينهما، ثم دفع المفتاح إلى أحدهما وقبل، انفسخت الإجارة في حصته،

لأن دفع المستأجر المفتاح وقبول الآجر ذلك إلى دلالة الفسخ ، والإجارة كما تنفسخ بصريح الفسخ تنفسخ بدلالة الفسخ ، ألا ترى أن المستأجر والآجر لو كانا واحداً ، ودفع المستأجر المفتاح إلى الآجر ، وقبل الآجر ذلك تنفسخ الإجارة بينهما ، وطريقه ما قلنا .

١٣٨٨٠ - وإذا باع الآجر المستأجر بغير إذن المستأجر ، نفذ البيع في حق البائع والمشتري ، ولا ينفذ في حق المستأجر ، حتى لو سقط حق المستأجر يعمل ذلك البيع ، ولا يحتاج إلى تجديده ، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الباب الأول من رهن الجامع في هذا الفصل روايتين ، قال : والصحيح أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع ، وإن أجاز المستأجر البيع ، نفذ البيع في حق الكل ، ولكن لا تنزع العين من يد المستأجر إلى أن يصل إليه ماله ، وإن رضي بالبيع ، واعتبر[١] رضاه بالبيع لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده .

وعن بعض مشايخنا : أن الآجر إذا باع المستأجر بغير رضا المستأجر ، وسلم ثم أجاز المستأجر البيع والتسليم ، بطل حقه في الحبس ، ولو أجاز البيع دون التسليم لا يبطل حقه في الحبس ، وإذا باع الآجر المستأجر بغير رضى المستأجر ، وأراد المستأجر فسخه ، فقد ذكرنا في كتاب البيوع أنه ليس له ذلك ، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في "الفتاوى الصغرى" : أنه له ذلك في ظاهر الرواية ، وفي رواية الطحاوي ليس له ذلك ، وأحاله إلى رهن الجامع لشمس الأئمة الحلواني رحمه الله ، وكان الإمام الإسبيجابي رحمه يقول : ليس للمستأجر حق الفسخ ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وهكذا ذكر نجم الدين النسفي رحمه الله في "شرح الشافي" ، والسيد الإمام أبو شجاع في "رهن الجامع" .

وذكر شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده في "شرح الجامع" : أن في المسألة روايتين ، في رواية ليس له ذلك ، وأنه استحسان ، وعليه الفتوى ، وقد ذكرنا هذه المسألة في الفصل السابع .

وإذا باع الآجر المستأجر برضى المستأجر حتى انفسخ الإجارة ، أو تفاسخا العقد ، وانتهت المدة والزرع بقل ، وقد صار بحال يجوز بيعه بلا خلاف ، أو كان بحال في جواز

---

(١) وفي الأصل "واعتبر رضاه بالبيع بفسخ الإجارة للانتزاع من يده" وفي م "واعتبر رضاه بالبيع بفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده" .

بيعه اختلاف المشايخ رحمهم الله، فهو للمستأجر، فلو أبرأ المستأجر الآجر عن جميع الخصومات والدعاوي، ثم أدرك الزرع، ورفع الآجر الغلة، فجاء المستأجر، وادعى الغلة لنفسه، وخاصم الآجر فيها، هل تصح دعواه، وهل تسمع خصومته، فقد قيل: ينبغي أن تسمع لأن الغلة إنما حدثت بعد الإبراء، فلا تدخل تحت الإبراء، ولو كان الآجر قد رفع الغلة، ثم إن المستأجر أبرأه عن الخصومات والدعاوي، ثم ادعى الغلة بعد ذلك، لا تسمع دعواه؛ لأن الغلة كانت موجودة وقت الإبراء، فدخلت تحت الإبراء أكثر ما في الباب أن الغلة عين إلا أن الإبراء عن الأعيان إنما لا يصح دعوى المشتري العين بعد ذلك، وسيأتي بيان ذلك في موضعه -إن شاء الله تعالى وحده-.

إذا أصاب الثوب شيء، فإنه يضمن، وههنا[1] قال: يجب الأجر، والفرق أن التفاوت الذي بين لبسه وبين اتزاره تفاوت يسير، فلم يلحقا بجنسين مختلفين، فكان موافقًا في أصل المعقود عليه مخالفًا في صفته، فلمكان الوفاق أوجبنا الأجر، إذا لم يصبه شيء؛ لأنه استوفاه بحكم العقد، ولمكان الخلاف أوجبنا الضمان متى هلك عملاً بهما.

فأما التفاوت بين لبسه ولبس غيره تفاوت فاحش، فألحقا بالجنسين المختلفين، فصار مستوفيًا إذ استوفاه بغير عقد، فلهذا لم يجب الأجر.

وفرق أيضًا بين هذه المسألة وبينما إذا استأجر حانوتًا ليقعد فيه، قصابًا فقعد فيه قصارًا، أو سلم الحانوت، فإنه يجب الأجر والتفاوت بين مسكن القصار وبين مسكن الحداد تفاوت فاحش، ثم لم يجعل ما استوفى باعتبار التفاوت الفاحش جنسًا آخر غير ما تناوله العقد.

والفرق: وهو أنه في مسألة الحانوت العقد انعقد على شيئين على السكنى وعلى العمل، ولا تفاوت في السكنى، إنما التفاوت في حق العمل، وانعقد العقد على السكنى، فصار مستوفيًا ما تناوله العقد وزيادة، واستيفاء الزيادة لا تمنع وجوب الأجر، فأما ههنا العقد انعقد على شيء واحد: وهو اللبس، ولبس غيره من لبسه جنس آخر على ما ذكرنا، فلم يستوف المعقود عليه أصلاً، فلهذا لا يجب الأجر.

فإن قيل: هب كأنه استوفى ما ليس بمعقود عليه إلا أنه كان متمكنًا من استيفاء المعقود عليه، بأن يلبسه بنفسه، والتمكن من استيفاء المعقود عليه لا يمنع وجوب الأجر.

قلنا: التمكن من استيفاء المعقود عليه إنما يوجب الأجر إذا لم تزل يد الإجارة، ولما ألبس غيره فقد زال يد الإجارة، ألا ترى أنه يضمن، وإن هلك الثوب لا من لبس الغير، ولما زال يد الإجارة انفسخت الإجارة، فلم يوجد التمكن من الاستيفاء حال قيام الإجارة، فلهذا لم يجب الأجر.

١٣٨٨٢ - ولو استأجر ثوبًا يومًا إلى الليل ليلبس، ولم يبين اللابس، أو استأجر دابة يومًا إلى الليل للركوب، ولم يبين الراكب، حتى فسدت الإجارة، فاختصما إلى القاضي قبل أن يلبس هو أو يلبس غيره، فإن القاضي يفسخ الإجارة بينهما رفعًا

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: وههنا قال: لا يجب الأجر.

ثم ذكر حكم الضمان، وفرّق فيه بين مسألة الثوب وبين مسألة الدابة، فقال: لو أمسك الثوب في منزله ولم يلبسه حتى هلك لا يصير ضامنًا، وفي مسألة الدابة قال: يصير ضامنًا، والفرق أن في مسألة الدابة الإمساك حصل بغير إذن صاحب الدابة؛ لأن صاحب الدابة إنما أذن بإمساك يجب به الأجر، وفي مسألة الدابة لا يجب الأجر بهذا الإمساك على ما ذكرنا.

أما في مسألة الثوب هذا الإمساك حصل بإذن المالك؛ لأن الأجر به، فيكون حاصلًا بإذن المالك حتى إن في مسألة الدابة لو وجب الأجر بالإمساك في منزله، بأن استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل، نقول: لا يجب الضمان إذا هلكت الدابة. ولو لم يلبس ذلك، ولكن ارتدى به يومًا إلى الليل، فعليه الأجر كاملًا، ولا ضمان؛ لأن اللبس على سبيل الارتداء في إفساد الثوب ليس فوق لبسه قميصًا، بل هو مثله أو دونه، فإن كان مثله، فقد استوفى المعقود عليه بكماله، وإن كان دونه، فقد استوفى بعض المعقود عليه، وتمكن من استيفاء الباقي، وفي مثل هذه الصورة يجب الأجر كاملًا، ولا يجب الضمان.

وإن لم يفعل ذلك، ولكنه اتزر به يومًا إلى الليل، فهو ضامن إن هلك الثوب في يده، ولا أجر؛ لأنه ملكه بالضمان من حين اتزر به، وإن لم يهلك، فالقياس أن لا يجب الأجر، وفي الاستحسان يجب.

١٣٨٨٤ - وإذا استأجرت المرأة درعًا تلبسه أيامًا معلومة ببدل معلوم، فهو جائز، ولها أن تلبسه النهار كله، ومن الليل أوله وآخره، يلبسه في طرفي الليل، ولا تلبسهما بين ذلك إذا كان الثوب ثوب صيانة وتجمل، فقد جعل ما بين طرفي الليل مستثنى مع أن اللفظ تناوله ظاهرًا؛ لأن الأيام ذكرت باسم الجمع، فيتناول ما بإزائها من الليالي، إنما فعل هكذا بناء على العرف، فإن المتعارف فيما بين الناس أنهم لا يلبسون ثوب الصيانة فيما بين طرفي الليل، والمعروف كالمشروط صريحًا، وإن لم يكن الثوب ثوب صيانة وتجمل، بأن كان ثوب بذلة ومهنة، كان لها أن تلبس الليالي كلها؛ لأن اللفظ تناول الليالي، كما تناول الأيام، ولا عُرف بخلافه إذا كان الثوب ثوب بذلة ومهنة، فيعمل بمقتضى اللفظ.

تخرج على ثوب الصيانة، فقال: إذا لبسه الليل كله، فتخرق، إن تخرق في الليل فهو ضامن، وإن تخرق في غير الليل بأن تخرق بالغد، فلا ضمان، وإن صارت مخالفة باللبس في كل الليل؛ لأن الخلاف ارتفع إذ جاء الغد، وعقد الإجارة باقٍ، فيعود أمينًا كالمودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، فقد سوّى في حكم البراءة عن الضمان بالعود إلى الوفاق بين المستأجر وبين المودع، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا مع ما فيه من اختلاف المشايخ -إن شاء الله-.

قال: وليس لها أن تنام فيه، يعني في ثوب الصيانة، والمراد به النوم في النهار؛ لأنه ليس لها اللبس حالة اليقظة فيما بين طرفي الليل إذا كان الثوب ثوب صيانة، فحالة النوم أولى، فعلمنا أن المراد به النوم في النهار، وإنما لم يكن لها ذلك؛ لأن اللبس حالة النوم في ثوب الصيانة صار مستثنى عرفًا؛ لأن اللبس حالة النوم أعنف بالثوب من اللبس حالة اليقظة، فإن فعلت ذلك، يعني نامت فيه فتخرق الثوب من ذلك، فهي ضامنة، وليس عليها أجر في تلك الساعة التي تخرق فيها؛ لأنها كانت غاصبة حال لبسها ثمة، ولا أجر على الغاصب، وعليها أجر ما قبله وما بعده، أما أجر ما قبله فلأنها استوفته بحكم العقد، وأما أجر ما بعده فلأنها لما انتبهت، فقد تركت الخلاف، وعقد الإجارة باقٍ، فتعود أمينة، وتكون مستوفية بحكم الإجارة، وطريق معرفة أجر تلك الساعة الرجوع إلى الساعات حتى يقسم الأجر على الساعات، فيعرف حصة تلك الساعة من الأجر، هذا إذا كان الثوب ثوب صيانة، فأما إذا كان ثوب بذلة، كان لها اللبس حالة النوم؛ لأن ثوب البذلة يلبس حالة النوم، فلم يصر ذلك مستثنى عن الإجارة لا عرفًا ولا شرطًا.

ولو كانت استأجرته لتخرج تخرج به يومًا بدرهم، فلبسته في بيتها، فعليها الأجر؛ لأن اللبس وجد فيما قدر به المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه مقدر باليوم، لا بالمكان، لأنه لم يسم المكان الذي تخرج إليه، فلم يصلح لتقدير المعقود عليه [فكان المعقود عليه][1] مقدرًا باليوم، وصار ذكر الخروج في حق التقدير والعدم بمنزلة كأنها استأجرته لتلبسه يومًا إلى الليل، ولم تقل لتخرج تخرج به، وهناك إذا لبسته في بيتها كان عليها الأجر،

---

(١) زيد من م.

بخلاف ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر، فربطها في منزله، حيث لا يجب الأجر؛ لأن هناك ذكر مكانًا معلومًا، ولم يذكر الوقت، والمكان المعلوم يصلح لتقدير المعقود عليه، فصار المعقود عليه مقدرًا بالمكان، ولم يوجد الاستيفاء فيه، أما ههنا بخلافه، حتى إن لو استأجر الدابة ليركبها يومًا إلى الليل، ولم يسم المكان، إذا ربطها في منزله يجب الأجر كملا، كما في مسألتنا.

ولو ضاع الثوب منها في اليوم، فلا أجر عليها؛ لأن الضياع حال بينها وبين الانتفاع بالثوب، فيعتبر بما لو حال بينه وبين الانتفاع به غصب غاصب، وإن اختلف في الضياع، فقال رب الثوب: لم يضع في اليوم، وقالت هي: لا، بل ضاع في اليوم، فإنه يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وإن لم يكن في يدها وقت المنازعة، فالقول قولها، هذا إذا ضاع، ثم وجد، وإن لم يوجد لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب، وينبغي أن يكون القول قولها أيضًا؛ لأنها تنكر وجوب الأجر، ولو سرق الثوب منها، فلا ضمان، بخلاف الأجير المشترك إذا سرق العين من يده، فإنه يضمن على قولهما

والفرق أن مستأجر الثوب فيما يقبض عامل لرب الثوب؛ لأن ما يستفيده رب الثوب من المنفعة بقبض المستأجر الثوب أكثر مما يستفيده المستأجر؛ لأن صاحب الثوب يستفيد العين، وهو الأجرة، والمستأجر يستفيد المنفعة، والعين خير من المنفعة، فيجعل المستأجر في القبض عاملا لغيره، فأشبه المودع، والوديعة إذا سرقت من يد المودع لا ضمان عليه، أما الأجير المشترك في القبض عامل لنفسه؛ لأن ما يستفيده من المنفعة بسبب هذا القبض أكثر مما يستفيد صاحب المال؛ لأن الأجير يستفيد به عينًا، وصاحب الثوب يستفيد به المنفعة، فيجعل قابضا لنفسه، فأشبه الغاصب.

ولو تخرق الثوب من لبسها، فلا ضمن عليه، وإن حصل الهلاك بجناية يدها، بخلاف الأجير المشترك إذا هلك المال من جناية يده، حيث يضمن، والفرق أن في مسألة الهلاك حصل من عمل ليس بإزائه أجر؛ لأن الفساد حصل من اللبس، والأجر ليس بإزاء اللبس، بل بإزاء تسليم الثوب للبس، ألا ترى أنه إذا سلم الثوب يستحق الأجر لبست أو لم تلبس، والهلاك متى حصل من عمل ليس بإزائه أجر، لا يجب الضمان

بحيث لا يتقدم خروجهم عليه، ولا يتأخر عنه، فالإجارة فاسدة قياساً واستحساناً، وإن كان خروجهم وقت معلوم، بحيث لا يتقدم، ولا يتأخر، فالإجارة جائزة استحساناً؛ لأن المعلوم عرفاً كالمعلوم شرطاً، وإن تخرق الفسطاط من غير عنف، ولا خلاف، فلا ضمان، وإن لم يتخرق، ولكن قال المستأجر: لم أستظل تحته، ولم أضربه، وقد ذهب به إلى مكة فعليه الأجر؛ لأنه تمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد.

ولو انقطع أطنابه، أو انكسر عموده، فلم يستطيع نصبه، فلا أجر عليه، ولو اختلف فيه، فهذا على وجهين: إما إن اختلفا في مقدار الانقطاع مع اتفاقهما على أصل الانقطاع، وفي هذا الوجه القول قول المستأجر، وإن اختلفا في أصل الانقطاع، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه أنه يحكم الحال، كما لو وقع هذا الاختلاف في انقطاع الماء في إجارة الرحى، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وهذا الجواب مشكل في مسألة الفسطاط ظاهر في مسألة الرحى؛ لأن الماء قد ينقطع ثم يعود، فيحكم بحكم الحال، أما الأطناب إذا انقطع، أو العمود إذا انكسر يبقى إلى وقت الخصومة كذلك، فكيف يستقيم بحكم الحال، فإن كان المستأجر اتخذ أطناباً من عند نفسه، أو عموداً من عند نفسه، ونصبه حتى رجع، فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه في إجارة الفسطاط السكنى، وقد سكن فيه، ولو انكسر الأوتاد، فلم يقدر على نصبه حتى رجع فعليه الأجر كله، فرق بين الأوتاد وبين الأطناب والعمود، والفرق أن الأوتاد على المستأجر، فلم يعجز عن الانتفاع بالفسطاط، أما العمود والأطناب على الآجر، فقد عجز المستأجر عن الانتفاع بالفسطاط.

وإذا أوقد نارا في الفسطاط، كان كالإسراج[1] إن أوقد مثل ما يوقد الناس عرفاً وعادة في الفسطاط، وأفسد الفسطاط، أو احترق الفسطاط، فلا ضمان، وإن جاوز المتعارف، فهو ضامن، فبعد ذلك ينظر إن فسد كله، بحيث لا ينتفع به ضمن قيمة الكل، ولا أجر عليه، وإن أفسد بعضه، لزم ضمان النقصان، وعليه الأجر كملا إذا كان قد انتفع بالباقي؛ لأن فساد البعض أوجب نقصاناً في الباقي، فإذا استوفاه مع

(١) وكذا في الأصل: "كالسراج".

النقصان صار راضياً بالعيب، فيجب عليه جميع الأجر، كما لو استأجر داراً، فانهدم حائط منها، وأوجب نقصاناً في الباقي، فسكن كذلك، كان عليه الأجر كذا هنا، وإن لم يفسد شيء منه، وسلم، كان جاوز المعتاد، فالمسألة على القياس والاستحسان، فالقياس أن لا يجب الأجر، في الاستحسان: يجب، وقد مر جنس هذه المسألة

وإن شرط رب الفسطاط على المستأجر أن لا يوقد فيه: ولا يسرج فيه، ففعل فهو ضامن، وعليه الأجر كملاً إذا سلم الفسطاط؛ لأنه استوفي المعقود عليه وزيادة، وإن كان المستأجر لم يخرج بنفسه، فأراد أن يؤاجر الفسطاط من رجل يخرج إلى مكة، أو أراد أن يعير ذلك، فله ذلك في قول محمد رحمه الله، وعلى قولهما: ليس له ذلك، وإذا فعل، فهو ضامن، ولا أجر عليه.

محمد رحمه الله قال: الناس لا يتفاوتون في السكنى في الفسطاط، فهو بمنزلة ما لو استأجر داراً أو منزلاً كان له أن يؤاجر من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، والدليل عليه أن من استأجر عبداً ليخدمه في طريق مكة، فأجره من غيره ليخدمه في طريق مكة أو أعاره منه، فإنه يجوز، وإنما جاز لأن الناس لا يتفاوتون في الخدمة، وهما قالا: إن الفسطاط والخيمة مما ينقل ويحول وينصب ويرفع، والناس يتفاوتون في ذلك تفاوتاً فاحشاً، رب إنسان ينقل الفسطاط شهراً، ولا يفسده لمعرفته بنصبه ورفعه، وآخر ينقله أسبوعاً، ويفسده لقلة هدايته في نصبه ورفعه، وإذا كان التفاوت فاحشاً منع الإجارة والإعارة من غيره، كما لو كان المستأجر ملبوساً أو مركوباً بخلاف الدار؛ لأنها مما لم ينقل ولا يحول، ولا يرفع ولا ينصب، وإنما يسكن فيها لا غير، والناس لا يتفاوتون في ذلك تفاوتاً فاحشاً

وأما العبد قلنا: الناس وإن كانوا يتفاوتون في النقل تفاوتاً فاحشاً إلا أن يلحقه من زيادة المشقة من جهة الثاني يمكنه دفعه؛ لأنه حافظ نفسه.

١٣٨٨٧ - ولو أن المستأجر خلف الفسطاط بالكوفة في بيته، أو بيت غيره، وخرج بنفسه، فلا كراء عليه؛ لأنه لم يتمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وهو ضامن لها بهذا الإمساك؛ لأن المالك لم يرض بإمساك لا يجب به الأجر، والقول قول المستأجر مع يمينه في أنه لم يخرج الفسطاط؛ لأن حاصل اختلافهما في

وجود التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد.

١٣٨٨٨ - قال: ولو كان المستأجر دفع الفسطاط إلى رجل أجنبي ليدفعه إلى صاحب الفسطاط، فدفعه ذلك الرجل إلى صاحبه، فقد برئا جميعاً، وإن أبى صاحب الفسطاط أن يقبله، فليس له ذلك؛ لأن المستأجر للفسطاط أن يترك الفسطاط، ولا يخرجه من الكوفة، كما أن له أن يترك إجارة البيت إذا أراد سفراً، فإن هلك الفسطاط عند هذا الرجل قبل أن يحمله إلى صاحبه، ذكر أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله صاحب الفسطاط بالخيار، إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الرجل، ولم يذكر على قول أبي حنيفة رحمه الله، قالوا: وينبغي على قوله أن يقال: إن كان المستأجر دفع الفسطاط إلى ذلك الرجل قبل أن يصير المستأجر غاصباً، فإن أمسك الفسطاط قدر ما يمسكه الناس إلى أن يرغل؛ ويسوي أسبابه إذا كانت الحالة هذه لا ضمان على الثاني؛ لأنه مودع المودع، بل أحسن حالاً من مودع المودع؛ لأن مودع المودع إنما أخذها ليحفظ للمودع، وهذا إنما أخذ ليحفظ للمودع، ويردها على المالك، ومن مذهب أبي حنيفة رحمه الله: أن مودع الثاني لا يضمن، إنما يضمن المودع الأول، فأما إذا أمسك المستأجر الفسطاط زيادة على ما يمسكه الناس حتى يصير غاصباً ضامناً له، ثم دفع إلى الثاني، يتخير المالك إن شاء ضمن الأول، وإن شاء الثاني؛ لأن الثاني يكون مودع الغاصب، لا مودع المودع، ومودع الغاصب ضامن عندهم جميعاً، فإن ضمن المستأجر، فالمستأجر لا يرجع على ذلك، وإن ضمن ذلك الرجل يرجع على المستأجر.

١٣٨٨٩ - قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استأجر الرجلان أحدهما بصري، والآخر كوفي فسطاطاً من الكوفة إلى مكة ذاهباً وجائياً بأجر معلوم، وذهبا به إلى مكة، واختلفا، فقال البصري: إني أريد أن آتي البصرة، وقال الكوفي: إني أريد أن أرجع إلى الكوفة، وأراد كل واحد أن يذهب بالفسطاط إلى حيث قصد، فهذا على وجهين: إما إن ذهب البصري بالفسطاط إلى البصرة، أو ذهب به الكوفي إلى الكوفة، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما إن ذهب به بأمر صاحبه، أو بغير أمره، فإن ذهب البصري بالفسطاط إلى البصرة إن ذهب به بغير أمر صاحبه، فالبصري ضامن للفسطاط كله، ولا ضمان على الكوفي، وليس عليهما أجر الرجعة، أما البصري فيضمن جميع الفسطاط، أما نصيبه لأنه أمسكها في موضع لا يجب عليه الأجر بإمساكه؛ لأن الإجارة عقدت على

أن ينتفع به في طريق كوفة، فإذا انتفع بها في طريق بصرة صار غاصبًا، وأما نصيب الكوفي لأنه دفع نصيبه بغير أمره، فصار غاصبًا نصيب الكوفي، ولا أجر عليهما على الكوفي؛ لأنه غصب منه نصيبه، وعلى البصري؛ لأنه أمسكها في موضع لم يؤذن له من جهة الفسطاط بالإمساك فيه في طريق بصرة، فيصير ضامنًا، كما لو أمسكها بالكوفة.

هذا إذا ذهب البصري إلى بصرة بغير أمر الكوفي، فأما إن ذهب به بأمر الكوفي، فالبصري يصير ضامنًا لجميع الفسطاط، والكوفي يضمن نصيبه، وهو النصف ولا أجر عليهما: أما البصري يضمن جميع الفسطاط نصيبه؛ لأنه أمسكها في موضع لم يأذن له المالك بالإمساك فيه، ونصيب الكوفي؛ لأنه مودع الكوفي إذ لم يأذن له بالانتفاع بنصيبه، والكوفي غاصب، ومودع الغاصب، ومستعيره ضامن. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الكوفي لما دفع نصيبه إلى البصري حتى يمسكها في طريق بصرة، صار غاصبًا بنفس التسليم؛ لأنه ليس له أن يسلم نصيبه إلى أحد حتى يمسكه في طريق بصرة، أو ينتفع به، وإذا صار الكوفي غاصبًا بنفس التسليم صار البصري [ضامنًا](١) مودع الغاصب أو مستعيره، وأنه ضامن في حق المالك، فصار البصري ضامنًا جميع الفسطاط من هذا الوجه، ويضمن الكوفي النصف؛ لأنه لم يوجد منه سبب ضمان في نصيب البصري، إنما وجد منه سبب الضمان في نصيبه، ولا أجر عليهما في الرجوع؛ لأنهما أمسكا الفسطاط في موضع لم يأذن لهما المالك بالإمساك فيه، فلا يكون عليهما أجر.

هذا الذي ذكرنا إذا ذهب البصري بالفسطاط إلى بصرة، فأما إذا ذهب الكوفي إلى الكوفة، إن ذهب به بغير أمر البصري، فإنه يضمن نصف الفسطاط، وهو نصيب البصري، ولا يضمن نصيبه، وعليه نصف الكراء في الرجعة، ولا يجب على البصري شيء في الرجعة. أما يضمن نصيب البصري لأنه غصب من البصري نصيبه، فصار ضامنًا نصيب البصري، ولا يضمن نصيب نفسه؛ لأنه لم يمسكها في موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه، وعليه نصف الكراء؛ لأنه انتفع بنصيبه في طريق كوفة، ولا أجر على

---

(١) هكذا في الأصل.

وروي عن الحسن البصري رحمه الله: أنه قال: لا بأس بأن يستأجر حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة؛ لأن ما يبدل من الأجر ليس ببدل عن العين ليكون: بيع ذهب بذهب على وجه يعود ذهبه إليه، فيكون ربا، بل الأجر بإزاء منفعة العين والمنفعة مع العين جنسان مختلفان، والربا لا يجري في مختلف الجنس، وهذا كما لو استأجر دارًا فيها صفائح ذهب بذهب، فإنه يجوز، وإنما جاز بالطريق الذي قلنا

١٣٨٩٢- وإذا استأجرت المرأة حليًا معلومًا لتلبسه يومًا إلى الليل ببدل معلوم، فحبسته أكثر من يوم؛ صارت غاصبة، قالوا: وهذا إذا حبسته بعد الطلب، أو حبسته مستعملة، فأما إذا حبسته للحفظ، لا تصير ضامنة قبل وجود الطلب من صاحبها، وذلك لأن العين تقع أمانة في يدها، فلا يصير مضمونًا إلا بالاستعمال، أو بالمنع بعد وجود الطلب، كالوديعة، بخلاف المستعير إذا أمسك العين بعد مضي المدة حيث يضمن؛ لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم؛ لأن من حكم الطلب وجوب الرد، وقد وجب الرد عليه بعد مضي المدة، أما في الإجارة لم يوجد الطلب، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم، ولم يوجد الاستعمال، فلهذا لا يجب الضمان، والحد الفاصل بين الإمساك للحفظ وبين الإمساك للاستعمال أنه إذا أمسك العين في موضع يمسك للاستعمال في ذلك الموضع، فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسك للاستعمال في ذلك الموضع، فهو حفظ

فعلى هذا قالوا إذا تسورت بخلخال أو تخلخلت بالسوار، أو تعممت بالقميص، أو وضعت العمامة على العاتق، فهذا كله حفظ، وليس باستعمال؛ لأن الإمساك وجد في موضع لا يمسك للاستعمال، فكان حفظًا، وليس باستعمال، فلا تضمن، وإن ألبست غيرها في ذلك اليوم، فهي ضامنة، ولا أجر عليها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي.

وإن استأجرته كل يوم بأجر مسمى، فحبسته شهرًا، ثم جاءت به، فعليها أجر كل يوم حبسته؛ لأن الإمساك في كل يوم حصل بحكم الإجارة، وإن استأجرته يومًا إلى الليل، فإن بدا لها حبسته كل يوم بذلك الأجر، فلم ترد عشرة أيام، فالإجارة على هذا الشرط فيما عدا اليوم فاسدة قياسًا؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالشرط. وهو أن يبدو لها ذلك.

وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن هذا شرط متعارف محتاج إليه، فإنها إذا خرجت إلى العرس، أو إلى الوليمة، لا تدري كم يبقى، فيحتاج إلى مثل هذا الشرط، لدفع الضرر والخصومات، وتعليق الإجارة بمثل هذا الشرط جائز.

أو نقول: الإجارة فيما عدا اليوم معلق بالمشيئة، فيكون تفسيراً للقبول، كأنه قال: أجرت فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن شئت جاز، وكان تفسيراً للقبول؛ لأن القبول لا يكون إلا عن مشيئة، وصار كأنه قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن قبلت، وذلك جائز كذا هنا، والله أعلم بالصواب.

الفصل الحادي والعشرون
في إجارة لا يؤخذ فيها تسليم المعقود عليه إلى المستأجر

١٣٨٩٣ - وفي "كتاب الواقعات": رجل دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه، فقطعه ومات قبل أن يخيطه، قال عيسى بن أبان رحمه الله: لا أجر له؛ لأن الأجر مقابل بالخياطة، والقطع ليس من الخياطة، ولهذا لو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب بعد القطع قبل الخياطة، فقال البائع: أنا أقبله كذلك، فله ذلك، ولو كان القطع من الخياطة لم يكن له ذلك، كما لو خاطه.

وقال أبو سليمان رحمه الله: له أجر القطع؛ لأن الأجر مقابل باتخاذ الثوب والقطع من جملته، وعن أبي يوسف رحمه الله فيمن استأجر دابة يذهب بها إلى منزله، ويركبها إلى موضع قد سمّاه، فدفعها إليه، وذهب بها إلى منزله، ثم بدا له ذلك، فردها، فعليه من الأجر بحساب ذلك، يعني بحساب ما ذهب إلى منزله.

١٣٨٩٤ - وفي "نوادر ابن سماعة رحمه الله" عن محمد: في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب، فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتق، فعليه أن يعيد العمل؛ وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله، وصار كأن لم يكن، فعليه أن يعيد، بخلاف ما إذا فتقه أجنبي؛ لأن بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً، وكذلك الإسكاف على هذا.

وكذلك المكاري إذا حمل في بعض الطريق، فخوّفوه فرجع، وأعاد الحمل إلى الموضع الأول، لا أجر له، هكذا ذكر في الفتاوى، ولم يذكر الجبر على الإعادة، وينبغي أن يجبر، كما في المسائل المتقدمة، ومسألة السفينة التي بعد هذا.

وكذلك ملاح إذا حمل الطعام إلى موضع مسمّى في العقد، فضرب الريح

السفينة، وردها إلى مكان العقد، فلا أجر للملاح إن لم يكن الذي اكتراه معه؛ لأن العمل لم يقع مسلماً إليه، وإن كان معه، فعليه الكراء؛ لأن العمل صار مسلماً إليه، وإن لم يكن الذي اكترى معه، حتى لم يجب الأجر، لا يجبر الملاح على أن يعيد العمل، وإن كان الملاح هو الذي رد السفينة أجبر على الإعادة إلى الموضع المشروط، لما قلنا.

وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فيه، فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه، ويكون له أجر مثله فيما سار من هذا المسير؛ لأنا لو صححنا التسليم، وأجبرنا رب المال على القبض لتلف المال عليه، وقد أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له، فإن قال الذي اكترى السفينة بعد ما ردتها الريح: لا حاجة لي في سفينتك أنا أكتري غيرها، فله ذلك.

١٣٨٩٥ - روى هشام عن محمد رحمهما الله: ولو اكترى بغلاً إلى موضع معلوم فركبه، فلما سار بعض الطريق جمح به، فرده إلى موضعه، فعليه الأجر بقدر ما سار؛ لأن بذلك القدر صار مستوفياً المنفعة بنفسه، فإن قال المستأجر للقاضي: مر صاحب البغل، فليبلغني إلى حيث استأجرته، وله علي الذي شارطته عليه، قال: إن شاء الأجر فعل ذلك، وإلا قيل للمستأجر: استأجره إلى المكان الذي بلغت، ثم هو يحملك من ثمة إلى حيث استأجرته، هكذا رواه هشام عن محمد رحمه الله، قال: وعلى هذا السفينة.

١٣٨٩٦ - قال في «الجامع الصغير»: وإذا استأجر الرجل رجلاً ليذهب إلى البصرة، ويجيء بعياله، فوجد بعضهم ميتاً، وجاء بمن بقي، فله من الأجر بحسابه؛ لأنه أوفاه بعض العمل، فيجب من الأجر بحساب ذلك، حكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال: تأويل المسألة إذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد، أما إذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء يجب جميع الأجر.

١٣٨٩٧ - قال: وفيه أيضاً رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتاب له إلى البصرة إلى فلان، ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً قد مات، فرد الكتاب، فلا أجر له، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب، وقول أبي يوسف

رحمه الله مضطرب.

ونعلم بأن ها هنا مسألتان: إحداهما إذا استأجر رجلًا ليذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان، ولم يشترط عليه المجيء بجوابه، والثانية: أن يشترط عليه المجيء بجوابه، ومحمد رحمه الله ذكر في الكتاب ما إذا شرط عليه المجيء بالجواب، ولم يذكر ما إذا لم يشترط عليه المجيء بالجواب، ولا بد من ذكرهما، فنقول: فيما إذا لم يشترط عليه المجيء بجوابه إذا ترك الكتاب ثمة حتى يوصل إليه إذا حضر بأن كان غائبًا، أو إلى ورثته بأن كان ميتًا، فإنه يستحق الأجر كاملًا؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه، إذ لا وسع له في الإيصال بأبلغ من هذا الوجه إذا وجد المرسل إليه غائبًا أو ميتًا.

١٣٨٩٨- وكذا إذا وجد المرسل إليه، ودفع الكتاب إليه، فلم يقرأ حتى عاد من غير جواب، فله الأجر؛ لأنه أتى بالمشروط عليه، وإن لم يجده، أو وجده ولم يدفع الكتاب إليه، بل رد الكتاب، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: لا أجر له، وقال محمد رحمه الله: له الأجر في الذهاب، وقول أبي يوسف رحمه الله مضطرب فيه، وأجمعوا على أنه إذا استأجره ليذهب بطعام له إلى البصرة إلى فلان، فذهب، ولم يجد فلانًا أو وجده، ولكن لم يدفع الطعام إليه، بل رده أنه لا أجر له، وأجمعوا على أنه إذا استأجره ليبلغ رسالة إلى فلان بالبصرة، فذهب الرسول ولم يجد المرسل إليه، أو وجده إلا أنه لم يبلغ الرسالة، ورجع أن له الأجر.

وأجمعوا على أنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولم يدفع إليه الكتاب أنه لا أجر له، وفيما إذا شرط عليه المجيء بجوابه إذا دفع إلى فلان، وأتى بالجواب، فله الأجر كاملًا؛ لأنه أوفى جميع المعقود عليه، ولو كان المكتوب إليه غائبًا، فدفع إلى آخر ليدفعه إليه، أو دفع إلى المكتوب إليه، ولم يقرأ، ورجع بالكتاب، فله أجر الذهاب؛ لأنه استؤجر لإيصال الكتاب إليه، والمجيء بالجواب، وقد وجد الإيصال بقدر الإمكان، ولم يوجد المجيء بالجواب، فيجب أجر الإيصال، ولو مزق الكتاب ذكر في فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله: أن عليه أجر الذهاب في قولهم، ولا يختلفون؛ لأنه قد أبطل عمله حيث مزقه، فإن رد الكتاب، فقال أبو حنيفة رحمه الله: لا شيء له من الأجر، وقال محمد رحمه الله: له أجر الذهاب، وقول أبي يوسف رحمه الله: مضطرب، ومحمد رحمه الله

لا يتحقق بالترك هناك، فلا يثبت الإذن بالرد دلالة بهذا السبب، ولم يأذن له بالرد، فكان الرد حاصلاً بغير إذنه، وليس كالرسول، وذلك لأن الرجوع قبل التبليغ إلى غير المرسل إليه حصل بإذن المرسل دلالة، وهذا لأنه ربما يكون سراً لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه أحد، ولا يمكنه التبليغ إلى غير المرسل إليه، بحيث لا يطلع عليه غير المرسل إليه، فيصير مأذوناً بالرجوع من غير تبليغ إلى غير المرسل دلالة، وأما التبليغ في باب الكتاب بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب ثمة من غير إفشاء ما فيه من السر، إن كان مختوماً، وإن كان غير مختوم، فلا يكون فيه سر، فلا يثبت الإذن بالرد دلالة، فيكون الرد بغير إذن المالك، فلا يستوجب الأجر، كما لو كان المحمول شيئاً له حمل ومؤنة.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح إجارات «الأصل»: وينبغي أن لا يسلم فصل الرسالة على مذهب أبي حنيفة رحمه الله، ثم الأجير يستحق الأجر على المرسل لا على المرسل إليه؛ لأن الأجر إنما يستحق على العاقد، والعاقد هو المرسل، لا المرسل إليه، وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله هذه المسألة في تعليقه، وذكر قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله.

وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله: رجل تكارى سفينة على أن يذهب بها إلى موضع كذا، فيحمل عليه كذا، فيجيء بها، فذهب بالسفينة إلى ذلك الموضع، فلم يجد ذلك الشيء، ثم رجع قال: يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة.

وإن قال: اكتريتها منك على أحمل إلى الطعام من موضع كذا إلى هنا، فذهب بها، فلم يجد الطعام، فرجع بالسفينة، فلا شيء له من الكراء، وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله في الدابة مثل هذا.

١٣٨٩٩ وصورة ما روى إبراهيم رحمه الله: رجل استأجر دابة من بغداد ليذهب بها إلى المدائن، ويحمل عليها طعاماً من المدائن، فذهب فلم يجد الطعام، فإن على المستأجر أجر الذهاب، ولو استأجرها ليحمل عليها طعاماً من المدائن، ولم يستأجرها ليذهب من موضع العقد، وباقي المسألة بحالها، فإنه لا أجر عليه في الذهاب أيضاً.

والفرق أن في المسألة الأولى العقد انعقد على شيئين على الذهاب إلى ذلك

الموضع، والحمل منه إلى ههنا، وقد ذهب إلى ذلك الموضع، فقد استوفى بعض المعقود عليه، فيجب الأجر بحصته، وفي المسألة الثانية العقد انعقد على شيء واحد، وهو الحمل من ذلك الموضع إلى هنا، ولم يعقد على الذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الذهاب غير مذكور، ولم يوجد حمل الطعام من ذلك الموضع، فلم يوجد استيفاء المعقود عليه أصلا، فلهذا لا يجب شيء من الأجر، وعلى هاتين المسألتين، فمسألة صارت واقعة للفتوى.

١٣٩٠٠ - وصورتها: رجل اشترى من آخر شجراً في قرية، واستأجر أجراء لقلعها، وذهب بهم إلى موضع الشجرة، ثم إن البائع مع المشتري تقايلا البيع في الشجرة، ولم يتهيأ قلع الشجرة هل يجب للأجراء أجر الذهاب، فقلنا: إن استأجر الأجراء ليذهبوا إلى موضع الشجرة، ويقلعوها فلهم أجر الذهاب؛ لأن العقد انعقد على شيئين على الذهاب والقلع، وإن استأجرهم بقلع الشجرة، ولم يتعرض للذهاب في العقد، فلا أجر لهم.

١٣٩٠١ - وفي "العيون": رجل اكترى دابة إلى بلدة ليحمل من هناك حمولاته، فجاء المكاري، فقال: ذهبت فلم أجد الحمل، فإن صدقه المستكري في ذلك، فعليه أجر الذهاب خالياً من غير حمل، وقوله: إلى بلدة كذا بمنزلة قوله: ليذهب بها إلى بلدة كذا.

١٣٩٠٢ - وفي "فتاوى الفضلي": استأجر دابة في المصر ليحمل الدقيق من الطاحونة، أو ليحمل الحنطة من قرية كذا، فذهب فلم يجد الحنطة قد طحنت، أو لم يجد الحنطة في القرية، فعاد إلى المصر، ينظر إن كان قال: استأجرت منك هذه الدابة من هذه البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا، يجب نصف الأجر؛ لأن الإجارة وقعت صحيحة من البلدة إلى الطاحونة من غير حمل شيء، فيجب نصف الأجر بالذهاب، ثم الإجارة من الطاحونة إلى البلدة إنما كانت بشرط حمل الدقيق، ولم يوجد فلا يجب الأجر، فأما إذا كان قال: استأجرت منك هذه الدابة بدرهم، حتى أحمل الدقيق من الطاحونة، فهنا لا يجب الأجر في الذهاب.

١٣٩٠٣ - وفي "فتاوى أهل سمرقند رحمهم الله": استأجر رجلا ليذهب إلى

الفصل الثاني والعشرون
في التصرفات التي يمنع المستأجر عنها والتي لا يمنع، وفي تصرفات الآجر

١٣٩٠٤ - وإذا استأجر داراً أو بيتاً، ولم يسم الذي يريدها له حتى جازت الإجارة استحساناً، لا قياساً على ما مرّ قبل هذا، كان للمستأجر أن يسكنها، وأن يسكنها من شاء؛ لأن الإجارة انصرفت إلى السكنى عرفاً، ولو انصرفت إلى السكنى نصاً، كان له أن يسكنها من شاء؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، ولو وقع التفاوت كان يسيراً، فلا يعتبر، فكذا ههنا، وله أن يضع متاعه فيها؛ لأن هذا من جملة السكنى، وله أن يربط فيها دوابه.

قال مشايخنا رحمهم الله: إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها إذا كان فيها موضعاً معداً لربط الدواب، فأما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب، وما ذكر في الكتاب، فهو بناء على عرف ديارهم؛ لأن في ديارهم المربط يكون في الدار لسعة دورهم، أما في ديارنا فبخلافه، وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل مما لا يضر بالبناء، ولا يوهنه، نحو الوضوء وغسل الثياب، أما كل عمل يضر بالبناء[1] ويوهنه، نحو الرحى والحداد والقصارة، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه؛ لأن كل عمل هذا حاله، فهو مستثنى عن الإجارة بحكم العرف، فيصير كما لو كان مستثنى عن الإجارة بحكم الشرط.

توضيحه: أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين، فما يؤدي إلى فساد العين لا يكون داخلاً تحت الإجارة، بعض مشايخنا قالوا: أراد بالرحى رحى الماء ورحى الثور لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع الكل، وبعضهم قالوا: إن كان رحى اليد يضر بالبناء يمنع عنه، وإن كان لا يضر بالبناء لا يمنع عنه، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها: فقد ذكر بعض مشايخنا: أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى، وبعضهم قالوا: يمنع ويؤمر بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر في فساد البناء

(١) هكذا في ط، م، وكان في الأصل "يضر البناء".

لا محالة، فلو أنه أقعد فيه قصاراً أو حداداً، أو عمل ذلك بنفسه، فانهدم شيء من البناء، ضمن قيمة ذلك؛ لأن الانهدام أثر الحدادة والقصارة، لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام، فيضاف الانهدام على الحدادة والقصارة، وأنها ليست بداخلة تحت العقد، فيكون متعدياً فيها، فيضمن ما تلف بها، ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وإن لم ينهدم شيء من البناء من عمل الحدادة والقصارة، لا يجب الأجر قياساً؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد، ألا ترى أنه كان سبب الضمان، وإذا لم يكن داخلاً تحت العقد صار الحال فيه بعد العقد، والحال قبل العقد سواء، ويجب الأجر المسمى استحساناً؛ لأن المعقود عليه السكنى، وفي الحدادة سكنى وزيادة، فقد استوفى المعقود عليه وزيادة، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل أحد عشر، وسلمت الدابة، هناك يجب الأجر، كذا هنا.

فإن اختلف الأجر والمستأجر في ذلك، فقال المستأجر: استأجرت للحدادة، وقال الأجر: آجرت للسكنى دون الحدادة، فالقول قول الأجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلاً كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع؛ ولأن الحدادة والقصارة مما لا يستحق بمطلق العقد، وإنما يستحق بالشرط؛ والمستأجر يدعي زيادة شرط على مطلق العقد، والأجر ينكر، والقول قول المنكر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المستأجر؛ لأن المستأجر يثبت زيادة شرط.

ومما يتصل بهذه المسألة:

١٣٩٠٥- إذا استأجر الرجل من آخر داراً على أن يقعد فيها حداداً، فأراد أن يقعد فيها قصاراً، فله ذلك إن كانت مضرتهما واحدة، أو كانت مضرة القصارة أقل، وكذلك الرحى على هذا، وإنما كان كذلك إذ ليس في ذلك على صاحب الدار زيادة ضرر لم يرض به.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له ذلك؛ لأن هذا خلاف من حيث الجنس، فإن الحدادة مع القصارة جنسان مختلفان، ولا عبرة للضرر والمنفعة حالة الخلاف في الجنس،

ألا ترى أن من وكّل رجلاً بأن يبيع عبده بألف درهم، فباع بألف دينار لم يجز؛ لأنه خالف الجنس.

والجواب عنه أن المخالفة فيما نحن فيه في الصفة لا في الجنس؛ لأن أصل المعقود عليه في الموضعين جميعاً السكنى بالدار، إلا أن صفة السكنى تختلف، والمخالفة متى كانت في الصفة لا في الجنس فالعبرة في ذلك للضرر والمنفعة كان بمنزلة ما لو وكله بأن يبيع بألف زيوف، فباع بألف جياد، جاز ذلك.

قال: رجل تكارى منزلاً أو داراً من رجل على أن يسكن فيها، فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعاماً حنطة وشعيراً أو تمراً أو غير ذلك، وأراد رب الدار أن يمنعه، قال: لأنه يخرب الدار، فليس له ذلك، قال، وقال: لأن وضع هذه الأشياء من جملة السكنى الذي يرتفق الناس بها من المسكن، فيكون داخلاً تحت العقد، فلا يكون لصاحب الدار أن يمنعه من ذلك، كما لا يمنعه من السكنى.

١٣٩٠٦ - رجل استأجر داراً، وحفر فيها بئر الماء(١) ليتوضأ فيها، فعطب فيها إنسان، ينظر إن كان حفر بإذن رب الدار، فلا ضمان، كما لو حفر رب الدار بنفسه، وهذا لأنه غير متعدٍّ في الحفر بإذن رب الدار؛ لأن لرب الدار حفره بنفسه، فكان له الإذن بالحفر، والمسبب إذا لم يكن متعدياً في التسبب لا يضمن، وإن كان قد حفر بغير إذن رب الدار فهو ضامن؛ لأنه متعدٍّ في الحفر بغير إذن رب الدار؛ لأنه حفر في موضع ليس له حق الحفر؛ لأن الحفر تصرف في رقبة الدار، والمستأجر يملك التصرف في منفعة الدار لا في رقبته.

١٣٩٠٧ - رجل استأجر من رجل حانوتاً وحانوتاً آخر من رجل آخر، فنقب أحدهما إلى الآخر يرتفق بذلك، فإنه يضمن ما أفسد من الحائط، ويضمن أجر الحانوتين تماماً، أما يضمن من نقب الحائط لأنه نقب حائط غيره بغير أمره، وعليه أجر الحانوتين كملاً، وإن ضمن نقض ما استأجر.

فرق بين هذا وبين مسألة تأتي بعد هذا، وصورتها: إذا استأجر بيتاً، ولم يشترط أنه يقعد فيها قصاراً أو حداداً، فقعد فيه قصاراً أو حداداً حتى انهدم البيت،

(١) هكذا في الأصل.

قال: يضمن ما انهدم، ولا أجر عليه فيما ضمن، فقد أسقط عنه أجر ما ضمن في تلك المسألة، ولم يسقط شيئاً من الأجر ههنا، وإنما فعل هكذا؛ لأن النقب في مسألتنا لم يضر بالسكنى؛ لأنه نقب ليرتفق به، لا ليضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل مثل هذا بآفة سماوية، فإنه لا يخيّر المستأجر إذا لم يضر بالسكنى، وإذ لم يضر هذا النقب بالسكنى صار مستوفياً جميع المعقود عليه من ملك الآجر بتمامه، فكان عليه جميع الأجر.

وأما في المسألة التي تأتي بعد هذه وضع المسألة أنه انهدم البيت كله، وانهدام البيت كله مما يضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل هذا بآفة سماوية يخير المستأجر [المشتري] المشتري، فربما حصل بفعل المستأجر، وصار قدر ما ضمن ملكاً له من وقت العقد، سقط حصته من الأجر؛ لأنه لم يستوف جميع ما ورد عليه العقد من تلك الآجر، بل استوفى البعض من ملكه، والبعض من ملك الآجر.

١٣٩٠٨- وإذا تكارى منزلاً من رجل سنة بعشرة دراهم، فخرج الرجل من البيت وخلف[1] أهله واكتروا من المنزل بيتاً، أو انزلوا إنساناً بغير أجر، فانهدم البيت الذي أسكنوه فيه، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم من سكنى الساكن أو من غيره، وفي الحالين لا ضمان على المستأجر؛ لأنه لم يوجد منه جناية، وهل يضمن الأهل والساكن إن حصل الانهدام لا من سكناه، فلا ضمان على واحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله الأخر، وعلى قول محمد رحمه الله: يجب الضمان بناء على أن الدور والعقار لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر، وعلى قول محمد رحمه الله: يضمن والأهل غاصب، والساكن غاصب الغاصب، ويكون لصاحب الدار الخيار على قوله، فإن ضمن الأهل لا يرجع على الساكن، وإن ضمن الساكن، فالساكن يضمن بالإجماع، فالعقار يضمن بالإتلاف بالإجماع، والساكن متلف هنا، لما انهدم من سكناه، وهل له تضمين الأهل، فالمسألة على الاختلاف الذي ذكرنا.

١٣٩٠٩- وإذا تكرى منزلاً ولم يسم ما يعمل فيه، فقعد فيه حداداً أو قصاراً، فهذا على وجهين: إما إن انهدم الدار من عمله، وفي هذا الوجه على ضمان ما انهدم، وقد

(1) هكذا في ظ، وكذا في الأصل: وخصر.

مرت هذه المسألة في أول هذا الفصل، قال: ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأنه ملك المضمون بالضمان من وقت العقد؛ لأن سبب الضمان مجموع عمل الحدادة والقصارة، لا الجزء الأخير الذي حصل الانهدام مضافًا إلى الكل، صار هذا العمل من وقت العقد سبب ضمان، فيملكه من ذلك الوقت، وإذا ملك المضمون من ذلك الوقت، انقطع به الإجارة، فلا يكون عليه الأجر فيما ضمن، ولم يقل في الكتاب أنه هل يجب الأجر فيما لم يضمن، وهو الساحة، وينبغي أن يجب؛ لأن امتناع الوجوب فيما ضمن لثبوت الملك للمستأجر فيما ضمن من وقت العقد، ولم يثبت له الملك في الساحة[1]، لأن الملك حكم الضمان، ولا يجب الضمان في الساحة، وإن لم يتهدم الدار من ذلك، يجب الأجر استحسانًا، وقد مرّ وجهه في أول هذا الفصل.

١٣٩١٠- وإذا ربط المستأجر دابته على باب الدار المستأجرة، فضربت إنسانًا فمات، أو هدمت حائطًا، فلا ضمان عليه؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق المنزل عرفًا، فالناس في عاداتهم يرتفقون بالمساكن بربط الدواب، وإذا كان هذا مرافق السكنى عرفًا ملكه المستأجر بالإجارة، فلم يكن متعديًّا في فعله ذلك، فلا يصير ضامنًا.

ولو أدخل صاحب الدار دابته في الدار المستأجرة، أو ربطها على بابها، فأوطأت إنسانًا، فهو ضامن إلا إذا فعل ذلك بإذن المستأجر، أو دخل الدار متعهدًا ليرم منها ما استرم، وهذا لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق السكنى، والسكنى بالإجارة صار للمستأجر، فكذا ما كان من مرافقه، وإذا صار للمستأجر لا يبقى للآجر، فكان الآجر بعد ذلك في هذا والأجنبي سواء.

وهذا بخلاف ما لو أعار رجل داره من رجل، ثم إن المعير ربط دابته على باب الدار، وضربت إنسانًا، أو هدمت جدارًا، فإنه لا ضمان؛ لأن بعد الإعارة بقي للمعير ولاية ربط الدابة على بابها، فلا يكون متعديًا في فعل ذلك.

١٣٩١١- ولو تكارى دارًا من رجل شهرًا بدرهم، وفي الدار بئر، فأمر الآجر المستأجر أن يكنس البئر، ويخرج ترابها منها، فأخرج وألقاها في صحن الدار، فعطب به إنسان، فلا ضمان على المستأجر، سواء أذن له رب الدار أن يلقي التراب في صحن الدار

---

(١) وفي م: الساحة.

أو لم يأذن ؛ لأن وضع التراب على ظهر الدار من جملة الانتفاع بالدار، وللمستأجر ذلك، ألا ترى أن له أن يضع لبنة نفسه وتراب نفسه في صحن الدار، فكان له وضع هذا التراب في صحن الدار أيضًا، وإذا كان له ذلك لم يكن هو في هذا الفعل متعديًا، فلا يضمن كما لو وضع أمتعة أخرى لنفسه.

فرق بين هذا وبينما إذا حفر المستأجر بئرًا فيها بغير إذن رب الدار، والفرق: أن الحفر تصرف في رقبة الدار، وليس بانتفاع بالدار، وبعقد الإجارة لا يملك التصرف في رقبة الدار، فمتى كان بغير إذن رب الدار، كان متعديًا فيه، فيضمن ما هلك به.

هذا إذا كنس المستأجر البئر، وألقى الطين في صحن الدار، وإن فعل الآجر ذلك، وألقى الطين في صحن الدار، فعطب به إنسان إن فعل ذلك بإذن المستأجر، فلا ضمان، وإن فعل بغير إذن المستأجر، فعليه الضمان.

والجواب فيه نظير الجواب فيما إذا وضع متاعًا آخر له في الدار المستأجرة، فعطب[1] به إنسان، وهذا لأن وضع الشيء في الدار من جملة الانتفاع بالدار، والانتفاع بالدار صار للمستأجر بعقد الإجارة، فلم يبق للآجر، فيصير متعديًا في ما صنع[2]، هذا إذا حصل إلقاء التراب في صحن الدار، وإن حصل الإلقاء خارج الدار في طريق المسلمين، فعطب به إنسان، فالملقي ضامن الآجر والمستأجر في ذلك على السواء، إذ ليس لواحد منهما ولاية شغل الطريق بالتراب وغيره.

١٣٩٦٢- رجلان استكريا بيتين في دار كل واحد منهما بيتًا على حدة، فعمل كل واحد منهما، وأعطى صاحبه بيته، وسكن فيه صاحبه، فانهدم أحد البيتين، أو كلاهما، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما مستأجر أسكن غيره فيما استأجره، وإن سكن كل واحد منهما بيت صاحبه من غير إذن صاحبه، فإنه يضمن كل واحد منهما ما انهدم من سكناه عندهم جميعًا؛ لأن كل واحد منهما صار غاصبًا للبيت الذي سكن فيه، وما انهدم من غير سكناه ففي وجوب الضمان خلاف معروف، ولا أجر على المستأجر في بيته؛ لأن المستأجر قد غصب منه

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل: فقتل.

(٢) وفي الأصل: في ما وضع.

١٣٩٦٣ - رجلان استأجرا حانوتًا يعملان فيه هما بأنفسهما، فاستأجر أحدهما أجراء، وأقعدهم في الحانوت مع نفسه، وأبى صاحبه ذلك. قال: له أن يقعد في نصيبه من شاء ما لم يدخل على شريكه ضرر بيّن، بأن يصير آخذًا شيئًا من نصيب صاحبه بقعود أجرائه، وهذا لأن كل واحد منهما ملك منفعة نصف الحانوت، فكان لكل واحد الانتفاع به لا الزيادة على ذلك، وإن أراد أحدهما أن يبني في وسط الحانوت بناء، فليس له ذلك؛ لأنه تصرف في رقبة الحانوت، وليس للمستأجر ذلك.

وإذا بنى المستأجر تنورًا أو كانونًا في الدار المستأجرة، فاحترق بعض بيوت الجيران، واحترق بعض الدار، لا ضمان عليه. فعل[1] بإذن رب الدار أو بغير إذنه؛ لأن هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغيّر هيئة الباقي إلى نقصان، بخلاف الحفر لأنه تصرف في رقبة الدار، وبخلاف البناء؛ لأنه يوجب تغيير هيئة الباقي إلى نقصان، فإن صنع المستأجر في نصب التنور شيئًا لا يصنعه الناس من ترك الاحتياط في وضعه، أو أوقد نارًا لا يوقد مثله في التنور في البيوت، كان ضامنًا - والله أعلم - .

---

(١) وفي الأصل: فعله.

الفصل الثالث والعشرون
في استئجار الحمام والرحى

١٣٩١٨ - وإذا استأجر الرجل حمامًا شهرًا معلومًا بأجر معلوم، فهو جائز؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فيجوز كما لو استأجر دارًا أو بيتًا، فإن كان حمامًا للرجال وحمام للنساء، وقد حددهما جميعًا، وأنه سمى في الإجارة حمامًا، فالقياس أن لا تجوز هذه الإجارة، وفي الاستحسان: تجوز.

وجه القياس: أن المعقود عليه مجهول، وجهالة المعقود عليه توجب فساد الإجارة، كما لو قال: استأجرت منك أحد هذين الحمامين، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه استأجر حمامًا، والحمام اسم للفرد لا للمثنى، وإذا انصرف إلى الواحد كان المستأجر أحدهما، فيكون المعقود عليه مجهولًا، فهذا وجه القياس.

ووجه الاستحسان: أن المعقود عليه معلوم، فتكون الإجارة جائزة، كما لو قال: استأجرت هذين الحمامين، وإنما قلنا ذلك، وذلك لأن المثنى إن لم توجد نصًا وجد معنى التحديد، فإنه حدد الحمامين جميعًا، والثابت بالتحديد كالثابت نصًا.

فإن قيل: إن ثبتت التثنية لم تنتف التثنية باعتبار التسمية، فإنه سمى الحمام، وإنه اسم للفرد لا للمثنى، فإن جاز باعتبار التحديد لا يجوز باعتبار التسمية، فلا يجوز.

والجواب عنه: أن التثنية تثبت بالتحديد من حيث المعنى حقيقة، وبالتسمية من حيث المجاز، فإن الحمام يذكر في العرف باسم المفرد ويراد به المثنى، فإنه يقال: هذا حمام فلان، وإن كان حمامين، وإذا ثبت المثنى باعتبار التحديد معنى وباعتبار التسمية من حيث المجاز ترجح جانب الجواز.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا كان باب الحمامين واحدًا، والمدخل واحدًا، أما إذا كان لكل واحد منهما باب على حدة لا يجوز العقد حتى يسميهما، وعمارة الحمام من إصلاح قدره ومسيل مائه، وما لا يتهيأ الانتفاع إلا به على الآجر؛ لأنه من مرافق

الحمام، فيكون من إصلاحه إصلاح الحمام، وإن شرط المرمّة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن قدر المرمة تصير أجرة، وأنه مجهول.

ولو شرط رب الحمام على المستأجر عشرة دراهم كل شهر لمرمته مع الأجر كان جائزاً؛ لأن جميع الأجر معلوم، وهذه هي الحيلة لجواز الإجارة متى أراد أن يجعل بعض المرمة أجراً يبين قدر ما يحتاج إليه للمرمة في الإجارة، ثم يأمره بصرف ذلك إلى المرمة، فيصير وكيلاً من جهة بالإنفاق عليه، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك فيه خلافاً، من مشايخنا رحمهم الله من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز هذا التوكيل إذا لم يعين الأجراء وباعة الآلات؛ لأن المصروف إليه الدين يكون مجهولاً، وهذا يمنع جواز الوكالة على مذهبه، كما لو قال: أسلم مالي عليك من الدين ولم يعين المسلم إليه، ومنهم من قال بأنه يجوز بلا خلاف، فيحتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة البيوع.

ووجه الفرق له وهو أن حالة التوكيل بشترى الآلة، واستئجار الأجراء الأجرة غير واجبة حتى يكون أمراً صرف الدين إلى المجهول، فلا يجوز، وإذا لم تكن الأجرة واجبة حالة التوكيل كان بمنزلة ما لو وكله هذا قبل الإجارة، وقبل الإجارة لو وكله بهذا جازت هذه الوكالة، وإن لم يعين بائع الآلة، ولا الأجراء؛ لأنه ليس له على الوكيل دين، حتى يصير أمراً له بصرف الدين إلى المجهول، فجاز، كذلك هذا، بخلاف مسألة السلم؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل، فإذا وكله بذلك، ولم يعين المسلم إليه، فقد أمر بصرف ما عليه من الدين إلى المجهول، فلم يجز، كما لو قال: أدّ مالي عليك رجلاً من عرض الناس، حتى قالوا: لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب أن لا تجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله ما لم يعين الأجير، أو باعة الآلات، كما في مسألة السلم.

فإن قال المستأجر: قد رممت الحمام بها لم يصدق، والقول قول رب الحمام؛ لأنه يدعي إيفاء ما عليه من الأجر، ورب الحمام ينكر، فيكون القول قول رب الحمام، إلا أن يقيم البينة على ذلك، كما لو ادّعى الإيفاء حقيقة، وإن أراد المستأجر أن يقبل قوله في ذلك من غير حجة، فالحيلة أن يدفع العشرة[1] إلى رب الحمام، ثم يدفعها رب الحمام

---

(١) وكذا في الأصل: العشرين.

...ب، ويأمره بإلقائها في مزبلة الحمام، فيكون أمينًا.

وحيلة أخرى لإسقاط الحجة عن المستأجر أن يجعلا لقدر المزبلة حدًا حتى تكون القول قول العامل فيما يدعيه؛ لأن العامل أمين.

وليس لرب الحمام أن يمنع المستأجر من الماء وصب ماء الحمام، أو موضع سرقينه، وإن لم يشترطه، وكذلك كل شيء لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بالحمام إلا به، فهو على هذا، وإنما كان كذلك لأن هذه الأشياء من مرافق الحمام، ومرافق المستأجر تدخل في الإجارة من غير شرط؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع بالمستأجر إلا بها، كما يدخل الطريق.

قال: ولو أن مسيل ماء الحمام امتلأ، فإنه يجب على المستأجر تفريغ ذلك ظاهرًا كان أو باطنًا، إن كان ظاهرًا فلا يشكل، وإن كان باطنًا فكذلك يجب على المستأجر، بخلاف البالوعة إذا امتلأ من جهة المستأجر، فإن تفريغه يجب على الآجر.

ووجه الفرق أن تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شيء من البناء؛ لأنه يكون مخصصًا مسقفًا يمكن تنقيته بأن يدخل فيه من غير نقض شيء من البناء، فأشبه ظاهر الأرض من هذا الوجه، بخلاف بئر البالوعة؛ لأنه لا يمكن تفريغه إلا بنقض شيء من البناء، ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء، إنما يملكه رب الدار، فيجعل على رب الدار، وإن حصل الشغل من جهته.

قال: فلو أن رب الحمام اشترط على المستأجر نقل الرماد والسرقين، فإن ذلك لا يفسد الإجارة؛ لأنه شرط في الإجارة ما تقتضيه الإجارة من غير شرط؛ لأن نقل الرماد والسرقين الذي اجتمع من عمل المستأجر عليه، فلا يوجب فساد الإجارة، وإن شرط على رب الحمام أوجب فساد الإجارة؛ لأنه شرط فيها ما لا تقتضي الإجارة، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيوجب فساد العقد.

١٣٩١٥ - قال: وإذا استأجر رجل من رجل حمامين أشهرًا مسماة كل شهر بأجر معلوم، فانهدم أحدهما، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم أحدهما قبل القبض، أو بعده، فإن انهدم أحدهما قبل القبض، كان المستأجر بالخيار فيما بقي، إن شاء أخذ الباقي بحصته من الأجر، وإن شاء تركه؛ لأن الصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام فيما وجب تسليمه بحكم العقد، فكان له الخيار في الباقي، كما لو اشترى عبدين،

متفرقًا على حسب ما وجد، وتفرق التسليم فيما استحق تسليمه متفرقًا لا يثبت للعاقد خيارًا.

فأما إذا انهدم قبل القبض فقد تفرق التسليم في حق العين قبل التمام، وتفرق التسليم في حق العين يثبت للعاقد خيار الفسخ؛ لأنه استحق تسليم جملة لما كان في وسع الآخر تسليمه جملة، هذا إذا كان استأجر حمامين، فأما إذا كان استأجر حمامًا واحدًا، ثم انهدم بيت منها، كان له الخيار، سواء انهدم قبل القبض أو بعده، أما قبل القبض فله الخيار لوجهين: أحدهما: أن الصفقة تفرقت في حق العين قبل التمام، والثاني: أن انهدام بيت منها يوجب تعييبًا في منفعة الباقي؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها منفعة الحمام إلا بالكل، وإن انهدم بعد القبض يثبت له الخيار بسبب العيب؛ لأن انهدام بيت منها أوجب خللًا في منفعة الباقي، وأنه عيب حدث قبل قبض المعقود عليه، فيثبت للمستأجر خيارًا.

١٣٩١٦ - قال: وإذا استأجر الرجل حمامًا وعبدًا ليقوم على الحمام، فهلك العبد أو الحمام، فهذا على وجهين: إما إن هلك أحدهما قبل القبض أو بعده، فإن هلك أحدهما قبل القبض أيهما ما كان عبدًا أو حمامًا، كان له الخيار؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام في حق العين، وأنه يثبت للمشتري خيارًا؛ لأنه يمكن تسليم العين جملة؛ وإن قبضهما، ثم هلك أحدهما إن هلك العبد، فلا خيار له في الحمام؛ لأن هلاك العبد لا يوجب خللًا في منفعة الحمام، ويمكنه استعمال الحمام فيما استأجره له بعبد آخر أو بنفسه، والصفقة في حق العين تفرقت بعد التمام، وإن انهدم الحمام، كان له الخيار في العبد؛ لأنه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له؛ لأنه استأجره ليقوم في هذا الحمام، وقد انهدم الحمام، فقد عجز عن استعمال العبد فيما استأجر له، فكان له الخيار، كما لو استأجر دكانًا ليتجر فيه فأفلس.

١٣٩١٧ - إذا استأجر حمامًا بغير قدر واستأجر القدر من غيره، فانكسر القدر، فلم يعمل في الحمام أشهرًا، وقد استكراه سنة، فطالب صاحب الحمام أجره، وصاحب القدر أجر قدره، قال: على أجر الحمام؛ لأنه متمكن من الانتفاع بعد انكسار القدر، فإنه يمكنه أن يستأجر قدرًا آخر، فينتفع به، وإذا بقي التمكن من الانتفاع بعد انكسار

القدر، وجب الأجر، وإن لم ينتفع به، كما في مسألة القدر، فأما فيما عليه أجر القدر لأنه لم يبق متمكنًا من الانتفاع بالقدر بعد الانكسار، وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الأجر، كما لو هلك العبد المستأجر، وسيأتي بعض مسائل الحمام بعد هذا إن شاء الله تعالى وحده العزيز.

١٣٩١٨- قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا استأجر رحى ماء والبيت الذي هو فيها، ومتاعها بعشرة دراهم كل شهر، ثم طحن فيها طحنًا بثلاثين درهمًا في الشهر، فربح عشرين، هل تطيب له الزيادة؟ فهذا على وجهين: إما إن أصلح فيه شيئًا ينتفع به في الرحى، بأن كرى نهرها، أو نقب حجرها، أو لم يصلح، فإن لم يصلح فإن كان يلي الطحن بنفسه تطيب له الزيادة؛ لأنه أجر الرحى ونفسه، فالزيادة على أجر الرحى تحصل بإزاء منفعة نفسه، فيجوز.

وأما إن كان رب الطعام هو الذي يلي الطحن بنفسه، فإنه لا تطيب له الزيادة؛ لأنه ليس بإزاء الزيادة عوض، فيكون ربح ما لم يضمن، فلا يطيب، وإن كان أصلح شيئًا فإنه تطيب له، وإن لا يلي الطحن بنفسه، ويجعل الزيادة بإزاء منفعة ما أصلح، فلا يكون ربحًا، فتطيب له.

١٣٩١٩- قال في «الأصل» أيضًا: وإذا استأجر الرجل من الرجل موضعًا على نهر ليبني عليه بيتًا، ويتخذ عليه رحى على أن الحجر والحديد والمتاع من عند المستأجر، فهو جائز؛ لأنه استأجر أرضًا معلومًا ليبني فيها مدة معلومة بأجر معلوم، فيكون جائزًا، كما لو استأجر أرضًا ليبني عليها بيتًا، فإن انقطع ماء النهر، فذلك عذر في فسخ الإجارة؛ لأن بناء الرحى إنما يكون لمنفعة الطحن، وقد فاتت منفعة الطحن، فكان عذرًا في فسخ الإجارة، وصار نظيره ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيه، فأفلس كان عذرًا في فسخ الإجارة، فكذلك هذا، فإن فسخ الإجارة لم يبق لواحد منهما على صاحبه سبيل، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه في الفسخ، كما لو أزال الإفلاس في مسألة الحانوت قبل الفسخ، وهل يسقط عن الأجر بحساب ما انقطع من الماء، أو لا يسقط، لم يذكر هذه في الكتاب.

قالوا: ويجب أن لا يسقط؛ لأن ما هو المعقود عليه قائم بأجمعه؛ لأن المعقود عليه

منفعته، ووضع البناء على هذا المكان لا منفعة الطحن، فإنه لم يستأجر الرحى؛ لأن المقصود من وضع هذا البناء الطحن، فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد، والأجر يقابل المعقود عليه، لا الثمرة، وكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيه، فأفلس فلم يتجر حتى مضى الشهر، لم يسقط شيء من الأجر؛ لأن المعقود عليه السكنى، وأنه قائم إلا أن السكنى كان للتجارة، ففوات التجارة في بعض المدة لا يوجب للمستأجر حق الفسخ، ولا يوجب سقوط شيء من الأجر، فكذلك هذا، بخلاف ما لو استأجر الرحى؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة الطحن، وقد فاتت في مدة انقطاع الماء، فلا بد من أن يسقط الأجر بقدره، وإذا خاف أن ينقطع الماء، فيفسخ الإجارة، فاكترى البيت والحجرين والمتاع خاصة، فهو جائز؛ لما ذكرنا، وإن انقطع الماء لا يكون عذرًا؛ لأن بيت الرحى مستأجرًا لمنفعة الطحن.

وكذلك لو شرط أن لا خيار متى انقطع الماء لا يكون لهذا الشرط عبرة؛ لأنه شرط عليه الأجر حال فوت المعقود عليه قبل القبض، فهذا شرط باطل، كما لو شرط البائع الثمن على المشتري متى هلك المبيع في يده، كان هذا الشرط باطلاً، فكذلك هذا.

١٣٩٢٠ - وإذا استأجر الرجل رحى ماء على أن يطحن فيها حنطة، فطحن فيها غير الحنطة، هل يصير مخالفًا؟ إن كان ضرر ما طحن مثل ضرر الحنطة أو دونه، لا يكون مخالفًا؛ لأنه خلاف صورة لا معنى، وإن كان ضرر فوق ضرر الحنطة يكون مخالفًا، فيعتبر فيه أحكام الغصب.

١٣٩٢١ - قال: وإذا استأجر الرجل رحى من رجل، وبيتًا من آخر، وبعيرًا من آخر، فاستأجر الكل صفقة واحدة كل شهر بأجر معلوم، فأجروا ذلك، فهو جائز؛ لأنه لو أفرد العقد على كل واحد من هذه الأشياء جاز، فكذا إذا أجمع بين الكل في صفقة واحدة. وصار كما لو اشترى هذه الأشياء جملة منهم صفقة واحدة، فإنه يجوز، ويقسم الثمن بينهم على قدر قيمة أموالهم، فكذا هنا، فإن لم يؤاجروا، ولكن اشتركوا على أن يكون من عند أحدهم الرحى، ومن الآخر البيت، ومن الآخر الجمل على أن يؤاجروا ذلك، فما رزق الله تعالى من شيء كان بينهم أثلاثًا، كانت الشركة فاسدة؛ لما ذكرنا في كتاب الشركة: أن الشركة مبناها على الوكالة، والتوكيل على هذا الوجه باطل، كما لو

حصول التوكيل بمثل هذا في بيع العين ، بأن قال : بع عبدي ليكون الثمن بيني وبينك ، كان التوكيل باطلاً ، وإذا كان التوكيل باطلاً فسدت الشركة .

بعد هذا ينظر إن آجروا الجمل لعينه دون البيت والرحى ، فإن أجر الجمل لصاحب الجمل ؛ لأنه عوض ملكه ، ويكون على صاحب الجمل أجر مثل البيت وأجر مثل الرحى ، لا يجاوز ثلث أجر البعير عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند محمد رحمه الله : يجاوز بالغًا ما بلغ . كما لو قال : بع عبدي ليكون الثمن بيني وبينك ، يكون الثمن كله لصاحب العبد ؛ لأنه عوض ملكه ، ويكون للبائع أجر مثل عمله ، لا يجاوز نصف الثمن في قول أبي يوسف ، وعند محمد رحمهما الله : يجب بالغًا ما بلغ ، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الشركة .

وكذلك إن آجروا البيت بعينه ، أو آجروا الرحى ، فالأجر كله لصاحب البيت ، أو لصاحب الرحى ، وعلى صاحب البيت أجر مثل الجمل ، وأجر مثل الرحى .

وإن اشتركوا على أن يتقبلوا الأعمال من الناس ، كان جائزًا ؛ لأن الشركة مبناها على الوكالة ، والتوكيل بتقبل الأعمال جائز ، فكانت شركة التقبل جائزًا ، بخلاف الفصل الأول ؛ لأنهم ما اشتركوا لتقبل الأعمال ، وإنما اشتركوا ليؤاجروا مال كل واحد منهم ليكون أجر ذلك بينهم ، والشركة على هذا الوجه فاسدة .

١٣٩٢٢ - قال : وإذا كان لرجل بيت ونهر ورحى ، ومتاعها ، فانكسر الحجر الأعلى ، فجاء رجل ، فنصب مكانه حجرًا بغير أمر صاحبه ، وجعل يطحن للناس بأجر معلوم ، ويقبض للطعام بالأجر ، فهو مسيء في ذلك ، ولا أجر عليه ؛ لأنه غاصب لما عدا الحجر الأعلى ، والغاصب إذا آجر ما غصب لا أجر عليه ، والأجر يكون له ، ويكون مسيئًا ، وكذلك هنا .

ولو كان وضع الحجر الأعلى برضا من صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان ، وعلى أن يعملا بأنفسهما ، كان هذا مثل الباب الأول ، يعني متى آجروا الحجر الأعلى ، كان جميع الأجر لصاحب الحجر الأعلى ، وإن تقبل كل واحد منهم ، فهو بينهم على قياس مسألة الجمل ، لا فرق بينهما .

فإن قيل : ليس على قياسه ، فإن الحجر الأعلى لا يمكن أن ينتفع به وحده ، قلت :

والحمل مما لا يمكن أن ينتفع به وحده في عمل الطحن ، فلا فرق بينه وبين الحجر ، فإن قلت : ينتفع به في غير الطحن ، قلنا : والحجر ينتفع به في غير الطحن ، فلا فرق بينهما .

١٣٩٢٣ - قال : ولو أن رجلا بنى على نهر بيتًا ، ونصب فيه رحى بغير رضا صاحب النهر ، ثم تقبل الطعام ، فطحن فكسب مالا ، كان الكسب له ؛ لأنه هو العاقد للإجارة ، فيكون الأجر له ، ويصير غاصبًا لأرضه ، فتعتبر فيه أحكام الغصب ، فيضمن ما انتقص من أرضه كغاصب الأرض ، ولكن لا يضمن الماء ؛ لأن الماء قبل الإحراز غير مملوك لصاحب النهر ، فلا يضمن للماء شيئًا - والله أعلم بالصواب - .

الفصل الرابع والعشرون
في الكفالة بالأجر وبالمعقود عليه

١٣٩٢٤ - وتجوز الحوالة والكفالة بالأجر في جميع الإجارات، سواء كانت الأجرة واجبة وقت الكفالة باستيفاء المنافع أو باشتراط التعجيل، أو لم تكن واجبة، إن كانت واجبة، فلأن الكفالة حصلت بدين مضمون على الأصيل، ويجبر الأصيل على إيفائه، ويمكن استيفاؤه من الكفيل، فإنه يمكنه الإيفاء من ماله، وهذا هو الأصل في باب الكفالة [أن الكفالة](١) متى حصلت بمضمون يجبر الأصيل على إيفائه، ويمكن استيفاؤه من الكفيل أنها تصح، ومتى حصلت بما ليس بمضمون على الأصيل لا يجبر الأصيل على إيفائه، أو حصلت بما هو مضمون على الأصيل يجبر الأصيل على إيفائه، إلا أنه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل، فالكفالة لا تصح، وموضع معرفة هذا الأصل كتاب الكفالة.

وأما إذا لم تكن الأجرة واجبة وقت الكفالة، فإن الكفالة حصلت بدين وجد سبب وجوبه، إلا أنه لم تجب بعد، ولو حصلت بدين سيجب في الثاني، ولم يوجد سبب وجوبه بعد، كالكفالة بما يذوب له على فلان، تصح الكفالة، فهنا أولى، ويكون على الكفيل مثل ما على الأصيل إذا لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأجيل، لأن الكفيل متحمل عن الأصيل، فإنما يتحمل عنه ما كان عليه، وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالأجر حتى يؤديه.

والحاصل أن الكفيل في الحال يعرض ذمته للمطالبة والملازمة، ويعرض ماله بعد الأداء، فمتى طولب أو لوزم تعرض في حق المطالبة والملازمة، فيرجع بمثل ذلك على الأصيل، وسيأتي بيان ذلك في كتاب الكفالة إن شاء الله تعالى.

وإن عجل الكفيل الأجر لم يرجع على الأصيل حتى يحل الأجل؛ لأن الكفيل متبرع في التعجيل، فإنما يقتصر تبرعه عليه، لا على المكفول له عنه. ولو اختلف الآجر والكفيل والمستأجر في مقدار الأجر، فقال الكفيل: هو درهم، وقال الآجر هو

(١) هكذا في ب

درهمان، وقال المستأجر: هو نصف درهم؛ فالقول قول المستأجر لإنكاره الزيادة، ويؤخذ الكفيل بدرهم، ولا يرجع على المستأجر إلا بنصف درهم؛ لأن إقراره ليس بحجة على المستأجر.

ولو أقاموا جميعًا البينة، فالبينة للأجر؛ لأنه تثبت الزيادة ببينة، وإذا قبلت بينته، صار الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وإن كانت الأجرة شيئًا بعينه بأن كانت ثوبًا بعينه وكفل به كفيل، فهو جائز؛ لأن الكفالة حصلت بمضمون على الأصيل، يجبر الأصيل على إيفاءه، والكفيل قادر على إيفاءه؛ لأنه مال موجود، فيمكنه أن يخلي بينه وبين الأجر، أو يأخذه من المستأجر، ويسلمه إلى الأجر، فإن هلك الثوب عند المستأجر برئ الكفيل؛ لأنه برئ المستأجر من تسليم الثوب، ألا ترى أنه لا يجب عليه تسليم قيمته، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ويقضي على المستأجر بأجر المثل؛ لأن الإجارة قد فسدت؛ لأنه هلك أحد البدلين الذي تعلق العقد به قبل القبض، وهذا يوجب فساد العقد في البدل الآخر، وإذا فسدت الإجارة، وجب على المستأجر رد ما استوفى وتعذر رده صورة، فيجب رده معنى برد قيمته، وهو أجر المثل، ولا يؤخذ الكفيل بأجر المثل؛ لأنه لم يكفل به إنما كفل بالثوب.

١٣٩٢٥ - ولو استأجر دارًا بخدمة عبد شهرًا، وكفل بالعبد إنسان لصاحب الدار إن كفل بتسليم العبد يجوز؛ لأن الكفيل يقدر على إيفاءه؛ لأنه مال موجود، وإن كفل بخدمة العبد لا يجوز؛ لأن الكفيل لا يقدر على إيفاءه؛ لأنه ليس في وسعه تسليم خدمته، وخدمة غيره، لا تقوم مقام خدمته، وهو نظير ما لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا، وشرط عليه خياطته بنفسه، فكفل به إنسان إن كفل بتسليم نفس الخياط صح، وإن كفل بخياطته لا تصح؛ لأنه كفل بما لا يقدر على إيفاءه؛ لأنه لا يمكنه أن يأخذه بيده حتى يخيطه، وخياطة غيره لا تقوم مقام خياطته.

وفي مسألة الخياط إن لم يشترط عليه خياطة، فكفل إنسان بالخياطة صح؛ لأن الكفالة في هذه الصورة حصلت بما يقدر الكفيل على إيفاءه؛ لأن المشروط خياطة مطلقة وخياطة الكفيل خياطة، فيتمكن الكفيل من إيفاء ذلك من عند نفسه، ثم في مسألة الخياط إذا لم تصح الكفالة بالخياطة، وخاط الكفيل رجع على صاحب الثوب بأجر مثل

عمله، وإذا صحت الكفالة، وخاط الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل عمله بالغا ما بلغ إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأنه لو أمكنه الرجوع بعين ما أدى، فإن كان المؤدى من ذوات الأمثال؛ كان له الرجوع على المكفول عنه بعين ما أدى، فإن عجز عن ذلك بأن لم يكن المؤدى من ذوات الأمثال، كان له الرجوع بقيمته، وقيمة العمل أجر المثل من هذا الوجه، وكذلك هذا الحكم في نظائره.

١٣٩٢٦ - وإذا استأجر الرجل من رجل محملا وراحلة إلى مكة بأجر مسمى، وكفل له رجل بالحمولة، فهذا على وجهين: إما إن استأجر للحمل مطلقا، أو استأجره للحمل على إبل لا بعينها، وفي هذين الوجهين الكفالة صحيحة، لأن الكفالة حصلت بما يقدر الكفيل على إيفائه؛ لأن المستحق على الأصيل حمل مطلق على أي دابة كانت في الصورة الأولى، وعلى أي إبل كان في الصورة الثانية، وهذا مما يمكن إيفاؤه من الكفيل.

وإن استأجره للحمل على إبل بأعيانها، وكفل رجل بالحمولة لا يصح؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل متى تعذر استيفاؤه من هذا الإبل لمرضها [بعينها](١) أو لغصب غاصب، أو ما أشبه ذلك؛ لأن حمل دابة أخرى لا يقوم مقام حمل هذه الدابة، وهذا بخلاف ما لو كفل بتسليم هذه الإبل بأعيانها حيث يصح؛ لأن يمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأن تسليم الدابة على صفة ما كانت الدابة ممكن حال وجوب التسليم على الكفيل، وهو نظير ما قلنا فيمن كفل بتسليم نفس الخياط أن الكفالة صحيح؛ لأن تسليم نفسه على أي صفة ما كان ممكن من جهة الكفيل، كذا هنا.

١٣٩٢٧ - ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها، وكفل رجل بالوفاء بالزراعة وبالسكنى؛ فهو باطل؛ لأن السكنى والزراعة غير مضمون على المؤاجر؛ لأنه عمل المستأجر، وإنما عليه تسليم الدار والأرض والكفالة ما حصلت به، وقد ذكرت أن الكفالة بما ليس بمضمون على الأصيل لا يصح.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن عجل المستأجر الأجر، وكفل له رجل بالأجر إن انتقضت الإجارة، فالكفالة جائزة؛ لأنها أضيفت إلى سبب الوجوب، فإن انتقض

(١) مكرر في الأصل.

الإجارة فيجب أن يجوز برد الأجر، وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة إذا كان شرطًا في الإجارة، أوجب فسادها؛ لأن هذه إجارة شرط فيها شرط فاسد، وإن لم يكن مشروطًا، فالإجارة لا توجب فسادها - والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب

الفصل الخامس والعشرون
في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر
وفي الدعاوى والخصومات، وإقامة البينات

هذا الفصل يشتمل على أنواع : نوع منه في الاختلاف الواقع بين الشاهدين في الأجر، وفي الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر في البدل أو في المبدل.

١٣٩٢٨ - قال محمد رحمه الله : وإذا اختلف الشاهدان في مقدار الأجر، فهو على وجهين : إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد، بأن وقع هذا الاختلاف قبل استيفاء المعقود عليه، فالشهادة باطلة، سواء كان المدعي يدعي أقل المالين، أو يدعي أكثر المالين، وإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين دون العقد، بأن وقع هذا الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، إن كان المدعي يدعي أقل المالين لا تقبل الشهادة عندهم بالإجماع، وإن كان يدعي أكثر المالين، فإن اتفق الشاهدان على الأقل لفظاً بأن شهد أحدهما بألف وخمس مائة، والآخر بألف، والمدعي يدعي الألف والخمسمائة، تقبل الشهادة على الأقل بالإجماع، وإن لم يتفقا لفظاً بأن شهد أحدهما بالألف، والآخر بألفين، والمدعي يدعي الألفين لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً، وعندهما تقبل على الأقل.

وهو نظير ما قلنا في رجل ادعى : أنه طلق امرأته بمال مسمى، وأقام على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه طلق بألف وشهد الآخر أنه طلقها بألفين إن كان الزوج يدعي الألف، لا تقبل الشهادة إجماعاً، وإن كان يدعي الألفين، فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق، بقي الدعوى من جهته في إثبات المال، وهي تصير بالجواب على التفصيل الذي قلنا، حتى لو كان الدعوى من جانب المرأة، واختلف الشاهدان على نحو ما قلنا، لا تقبل الشهادة على كل حال؛ لأنها لا تنفرد بإيقاع الطلاق، فالحاجة في حقها إلى إثبات العقد، والعقد بألف غير العقد بألفين.

١٣٩٢٩- ولو أن رجلاً ادعى قبل رجل أنه تكارى دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وقدم على ذلك البينة، وأقام رب الدابتين البينة أنه أكراه إحداهما بعينها إلى بغداد بعشرة دراهم، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول: أولاً بأنه يقضي بأجرة الدابتين إلى بغداد بخمسة عشر درهماً إذا كانا أجر مثلهما على السواء، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: يقضي بإجارة الدابتين إلى بغداد بعشرة دراهم. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كان الجواب فيه كالجواب فيما ادعى صاحب الدابة أنه أجره إلى القرات، أو إلى الهبيرة، وهو المنتصف بخمسة، وقال المستأجر: لا، بل استأجرته إلى بغداد بعشرة، كان يقول أولاً: إنه يقضي إلى بغداد باثني عشر ونصف، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع، وقال: يقضي بعشرة دراهم إلى بغداد، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فكذا هذا.

هذا الذي ذكرنا إذا اتفقا على جنس الأجر، فأما إذا اختلفا في جنس الأجر، بأن قال صاحب الدابة: أكريتك إحداهما إلى بغداد بدينار، وأقام البينة على ذلك، وأقام المستكري البينة أنه استكراهما جميعاً إلى بغداد بعشرة دراهم، فإنه يقضي بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار، وبخمسة دراهم إذا كان أجر مثلهما على السواء.

والفرق بينهما: أن في المسألة الأولى أمكننا رد بينة صاحب الدابة؛ لأنه يثبت ببينته ما هو ثابت له بإقرار المستكري، وهي عشرة، وبينة المستأجر قامت على إثبات إجارة دابة أخرى، ولم يثبت له ذلك بإقرار صاحب الدابة.

فأما إذا اختلفا في جنس الأجر، فلابد من قبول بينة كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت ببينته ما هو غير ثابت له بإقرار صاحبه؛ لأن صاحب الدابة أثبت إجارة دابة واحدة بدينار، فلابد من قبولها؛ لأن الدينار غير ثابت له بإقرار المستكري، والمستكري ببينته يثبت إجارة دابتين، وما يثبت ما ادعى بإقرار صاحب الدابة، فلابد من قبولها، وإذا أوجب قبول بينة كل واحد منهما يثبت إجارة الدابتين بدينار وبخمسة دراهم، إذا كان أجر مثلهما على السواء.

ونظير المسألة الأولى من البيع ما لو قال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: لا، بل اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف درهم، فإنه يقضي بالعبد

والجارية بألف درهم بينة المشتري؛ لأن بينة البائع قامت على إثبات الألف، وإنه ثابت له بإقرار المشتري، فلا معنى لقبولها، فبقيت بينة المشتري، وقد أثبت شراء الجارية والعبد بألف درهم.

ونظير المسألة الثانية من البيع أن يقول البائع بعت منك هذا العبد بخمسين ديناراً، وقال المشتري: شريت منك هذا العبد، وهذه الجارية بألف، وأقاما جميعاً البينة، فإنه يقضي بالعبد والجارية بخمسين دينار وبخمس مائة.

وإن قال المؤاجر: إنما أجرتك الدابة إلى هذا الموضع، وقال الراكب: لا، بل أعرتني الدابة، وجاوزت الموضع، فهلكت الدابة، فإنه يضمن؛ لأن الإذن إنما يستفاد من جهة المؤجر، فيكون القول قوله في مقدار ذلك، وقد أنكر الإذن فيما وراء الموضع الذي ذكره، فحصل ركوبه بغير عقد، ولا أجر عليه؛ لأن صاحب الدابة يدعي عليه أجراً، وهو ينكر، فيكون القول قوله.

١٣٩٣٠ - ولو ركب رجل دابة إلى بغداد، فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: أجرتها منك بكذا، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه إن هلكت الدابة من ركوبها؛ لأنهما اتفقا أن الركوب كان بالإذن.

١٣٩٣١ - في "نوادر هشام" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع ثوباً إلى خياط، ثم قال رب الثوب: أعطيتك الثوب على أن أجره درهم، وقال الخياط: لم تسمّ لي أجراً، فالقول قول رب الثوب، وإن قال رب الثوب: لم أسمّ لك أجراً، وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لي درهماً، فإنه يحلف رب الثوب، وله أجر مثله؛ لأن الاختلاف على هذا الوجه إنما يقع إذا كان بين التسمية وبين أجر المثل تفاوت، فالخياط في المسألتين يدعي زيادة، ورب الثوب ينكر، فالقول قول المنكر مع يمينه، ثم إذا حلف رب الثوب يقضي للعامل بأجر المثل لاتفاقهما على الشرط الذي يقوم مقام العقد في حق تقوم المنافع بأجر المثل.

١٣٩٣٢ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل ادعى على غيره أني استأجرت هذه الدار من هذا سنة، إحدى عشر شهراً بدرهم، وشهراً بتسعة، وأقام على ذلك بينة، وأقام رب الدار البينة أنه أجرها منه سنة بعشرة، قال: يؤخذ ببينة

رب الدار؛ لأنه يدعي الفضل.

وعنه أيضاً: رجل أقام بينة أني استأجرت هذه الدار من هذا الرجل شهرين بعشرة دراهم، وأقام رب الدار بينة أني أجرتها منه شهراً بعشرة دراهم، قال: أقبل بينة رب الدار على الأجر، فأجعله شهراً بعشرة، وأجعل المستأجر في الشهر الثاني خمسة دراهم.

قال هشام: سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل في يديه دار سكنه شهراً، فأقام رجلان كل واحد منهما بينة أنها داره آجرها منه، يعني من صاحب اليد هذا الشهر بعينه بعشرة دراهم، والذي في يديه الدار ينكر دعواهما، قال أبو يوسف رحمه الله: الدار بين المدعيين نصفان، ولكل واحد منهما خمسة دراهم استحساناً، والقياس أن يكون لكل واحد عشرة دراهم.

١٣٩٢٣- رجل أقام بينة أنه آجر بيته هذا من هذا بتسعة دراهم ثلاثة أشهر، كل شهر بثلاثة دراهم، وأقام المدعى عليه بينة أني استأجرت هذا البيت من هذا ثلاثة دراهم ثلاثة أشهر كل شهر بدرهم، قال: عليه لثلاثة أشهر تسعة دراهم، والثلاثة أشهر ثلاثة دراهم.

١٣٩٢٤- قال محمد رحمه الله في «الأصل»: ولو أن رجلاً أسلم ثوباً إلى صباغ يصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر، ثم اختلفا في الأجر بعد الفراغ من العمل، فقال الصباغ: عملته بدرهم، وقال رب الثوب: بل عملت لي بدانقين، فأيهما أقام البينة قبلت، فإن قامت لهما بينة يؤخذ ببينة الصباغ؛ لأن الصباغ بينته تثبت زيادة، وإن لم تقم لأحدهما بينة ذكر أنه يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيجعل القول قول من يشهد له قيمة الصبغ، فإن كانت الصبغ درهماً أو أكثر، فالقول قول الصباغ مع يمينه بالله ما صبغته بدانقين، وإن كانت قيمة ما زاد الصبغ دانقين، أو أقل، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه بالله ما شرط له درهماً.

فرق بين هذا وبين المتبايعين إذا اختلفا في مقدار الثمن قال: يتحالفان، ولا يحكم قيمة المبيع حتى يجعل القول قول من يشهد له قيمة المبيع، وهنا قال: يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه، ووجه الفرق بينهما أن تحكيم قيمة المبيع لا تفيد ثمرته في بيع العين؛ لأن ثمرة تحكيم القيمة أن يجعل موجب العقد قيمة المعقود عليه حال اختلافهما في مقدار البدل

كأنهما اتفقا على أن موجب العقد ذلك إلا أنهما اختلفا فيما تغير هذا الموجب أما إلى زيادة أو إلى نقصان، ولا يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الثمن؛ لأن سبب وجوب القيمة لم يوجد في بيع العين؛ لأن سبب وجوبها القبض بحكم عقد فاسد أو الغصب، وقد اتفقا على انتفاء الغصب، والعقد الفاسد حين اتفقا على عقد جائز، وإذا لم يوجد سبب وجوب القيمة لم يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب البيع حال اختلافهما في مقدار الثمن، وإذا لم يمكن إثبات موجب آخر حال اختلافهما في مقدار الثمن، كان موجب العقد ما اختلفا فيه، والمتبايعان متى اختلفا في موجب العقد تحالفا إذا كان الفسخ ممكناً.

فأما فيما نحن فيه حال اختلافهم في مقدار الأجر أمكننا أن نجعل قيمة الصبغ موجب العقد؛ لأن سبب وجوب قيمة ما زاد الصبغ فيه قد وجد، وهو اتصال الصبغ بثوبه؛ لأن اتصال الصبغ بثوبه سبب لوجوب قيمة ما زاد الصبغ فيه على الثوب، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، لأنهما تصادقا على ذلك، ثم اختلفا فيما تغير[1] موجب العقد، أما إلى الزيادة أو إلى النقصان، فإن كان قيمة ما زاد فيه الصبغ درهم، كأنهما اتفقا أن موجب هذه الإجارة كان درهم إلا أن صاحب الثوب يدعي البراءة عما زاد على درهم، والصباغ ينكر، ولو كان كذلك كان القول قول الصباغ مع يمينه، ولا يتحالفان، كما في بيع العين إذا اتفقا أن الثمن كان بألف، إلا أن المشتري ادعى البراءة عن خمسمائة، والبائع ينكر، فإنهما لا يتحالفان عندهم جميعاً، فكذلك هذا.

وإن كانت قيمة الصبغ بحمل دانقين موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، كأنهما اتفقا أن الأجر كان دانقين إلا أن الصباغ قال: زدت لي على ذلك أربعة دوانق، وأنكر صاحب الثوب، ولو كان كذلك كان القول قول صاحب الثوب مع يمينه، فكذلك هذا، وإن كانت قيمة الصبغ لا تشهد لأحدهما بأن كان نصف درهم، فإنهما يتحالفان، ذكر التحالف في هذا الفصل في بعض روايات هذا الكتاب، ولم يذكر في البعض، وإنه وجب التحالف عندهم جميعاً، وإن كان رد المعقود عليه متعذراً، وذلك لا

---

(١) وفي الأصل: بعض

ذكرنا أن الاتصال صبغ يزيد في الثوب موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل بغير عقد، وهي قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر كأنهما اتفقا على ذلك، إلا أن صاحب الثوب ادعى البراءة عن دانق، وأنكر الصباغ، والصباغ ادعى زيادة نصف درهم، وصاحب الثوب أنكر، ولو كان كذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان رد المعقود عليه متعذراً، كما في بيع العين بعد الهلاك إذا اتفقا أن الثمن كان ألفاً إلا أن المشتري ادعى براءة خمس مائة عن الثمن، والبائع ادعى على المشتري زيادة خمس مائة على الألف، وأنكر المشتري، ولو كان كذلك تحالفا وترادا، وإن كان رد المعقود عليه متعذراً، فكذلك هذا، بخلاف ما إذا كان يشهد لأحدهما، فإنهما لا يتحالفان؛ لأنا نجعل قدر قيمة الصبغ موجب العقد كأنهما تصادقا أن العقد عقد بذلك، إلا أن الذي يدعي النقصان عن قيمة الصبغ بعد ذلك ادعى الزيادة على ذلك المقدار، وادعى البراءة عن ذلك، ولو كان كذلك لا يتحالفان، أما هنا فبخلافه، ثم إذا حلف لم تثبت الزيادة التي ادعاها الصباغ، ولا تثبت البراءة التي ادعاها صاحب العقد، فوجب القضاء بنصف درهم؛ لأن موجب العقد في هذه الحالة كأنهما اتفقا على ذلك، وكان الجواب فيه كالجواب في مسألة النكاح إذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى أنه كان ألف أو ألفين، فإنه يحكم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله[1]؛ لأن للنكاح موجب معلوم لو وقع النكاح بغير تسمية، وهو مهر المثل، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار المهر، كأنهما اتفقا على ذلك إلا أن مهر المثل إن كان يشهد للمرأة، فالزوج يدعي البراءة عن الألف والمرأة تنكر، وإن كان يشهد للزوج، والمرأة تدعي زيادة ألف على ذلك، والزوج ينكر، وإن كان لا يشهد لواحد منهما إن كان ألفاً وخمس مائة، فإنهما يتحالفان؛ لأنا نجعل ألفاً وخمس مائة موجب العقد كأنهما اتفقا على ذلك، إلا أن الزوج ادعى البراءة عن خمس مائة، والمرأة تنكر[2]، والمرأة تدعي زيادة خمس مائة على ذلك، والزوج ينكر، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان الفسخ متعذراً، فكذلك هذا.

وكذلك إذا كان الصبغ زعفراناً، فهو مثل العصفر؛ لأنه يوجب زيادة في الثوب،

(١) وهي في عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

(٢) هكذا في ظ، م، ف، وكان في الأصل: والمرأة تنكر وتدعي زيادة ... إلخ

وإن كان الصبغ أسود، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فالجواب فيه كالجواب في العصفر والزعفران؛ لأن للسواد موجبًا معلومًا على قولهما لو حصل بغير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، كأنهما اتفقا على ذلك، ثم اختلفا فيه بعده إما إلى زيادة أو إلى نقصان، كما في الحمرة.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله ليس لهذا الصبغ موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن صاحب الثوب لا يضمن شيئًا، وإذا لم يمكن أن يجعل شيء آخر موجب العقد غير المسمى، اعتبر اختلافهما في مقدار المسمى، والاختلاف بين المتعاقدين متى وقع في مقدار المسمى، ويتعذر فسخ العقد، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجعل القول قول المنكر للزيادة، كما في بيع العين بعد الهلاك.

وكما لو وقع الاختلاف في مقدار الأجر للأعمال التي ليس لها موجب معلوم لو حصل بغير عقد عند الكل، كما في الحمل والقصارة، يجعل القول قول المنكر للزيادة، ولا يتحالفان متى اختلفا في حال ما لا يمكن فسخ العقد، فكذلك هذا.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر. وأما إذا اختلفا في أصل الأجر في الصبغ، فقال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر، وقال الصباغ: لا، بل عملته بأجر، ذكر أن القول قول صاحب الثوب مع يمينه، ولا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله، وينبغي أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد، أحدهما ادعى الهبة، والآخر البيع، فيجب أن يتحالفا عندهم جميعًا، وإن كان فسخ العقد متعذرًا، كما في صبغ يوجب الزيادة، وكما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد بعد الهلاك إلا أن الجواب عنه أن الاختلاف في نوع العقد بعد القبض إنما يوجب التحالف إذا كان إيجاب التحالف يفيد[1] ثمرته، وهو التراد، كما في صبغ يوجب الزيادة، وكما في بيع العين، فإنهما متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين، فإنه يجب رد العين إن كان قائمًا، ورد القيمة إن كان هالكًا، فكان التحالف مفيدًا ثمرته.

أما هنا التحالف لا يفيد ثمرته؛ لأن ثمرته التراد، ولا يمكن التراد متى حلفا، ولم

---

(١) هكذا في ط، وكان في ف: يعتبر، وفي الأصل: تفيد ثمرته.

يثبت واحد من العقدين عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجب رد العمل ؛ لأنه غير ممكن ، ولا رد القيمة ؛ لأن مجرد العمل لا يتقوم بغير عقد ، وهنا يصير بغير عقد متى حلفا ، فلهذا لم يجب التحالف ، وإذا لم يجب التحالف جعلنا القول قول رب الثوب ؛ لأنه ينكر الأجر ، وتقوم عمله .

وكان الجواب في هذه المسألة عند أبي حنيفة رحمه الله كالجواب عند الكل فيما إذا اختلفا في نوع العقد في مسألة الحمل والقصارة ، وثمة لا يتحالفان عندهم جميعاً ، وعندهما يتحالفان ، ومتى حلفا يجب على رب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فيه ، فيفيد التحالف ثمرته ، وهو الترادّ عند هما ، فيتحالفان عندهما ، كما في بيع العين بعد الهلاك عند الكل .

١٣٩٣٥ - قال : ولو أن رجلا اختلف هو والقصار في أجر ثوب ، فقال القصار : عمله بربع درهم ، وقال رب الثوب عملته بقيراط ، فهذا على وجهين : إما أن يختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل ، أو بعد الفراغ من العمل ، فإن اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل ، فإنهما يتحالفان ويترادان ، وهكذا الجواب فيما تقدم من المسائل لو اختلف في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا ، وذلك لأن الإجارة نوع بيع ، فإنه بيع المنفعة ، فيعتبر ببيع العين ، ولهذا لم يثبت الحيوان ديناً في الذمة في الإجارة ، كما في بيع العين ، وفي بيع العين لو اختلفا في مقدار البدل حالا إن كان المبيع قائما يتحالفان ويترادان ، فكذلك هذا .

١٣٩٣٦ - فأما إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد الفراغ من العمل ، ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه ، ولم يحكم قيمة ما زادت القصارة فيه ، فرق بين هذا وبين مسألة الصباغ إذا صبغه بعصفر أو زعفران ، ثم اختلفا في مقدار الأجر ، فإنه يعتبر قيمة ما زاد الصبغ .

ووجه الفرق بينهما أن تحكيم قيمة ما زاد الصبغ فيه حال اختلافهما في مقدار الأجر ممكن ؛ لأن لاتصال هذا الصبغ بثوبه موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل من غير عقد ، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه ، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية ، كأنهما تصادقا على ذلك ، ثم ادعى أحدهما تغييره إما إلى زيادة أو نقصان ،

وليس لاتصال القصارة بثوب غيره موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن من قصر ثوب إنسان بغير عقد، فإنه لا يضمن صاحب الثوب له شيئًا إن قصر من غير مال اتصل به، فلا إشكال؛ لأن المتصل بثوبه مجرد عمل، ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد، ولا شبه عقد، وإن قصر بمال اتصل به من بياض البيضة وغيره، فكذلك أيضًا؛ لأن ما اتصل بثوبه ليس عين مال قائم، لا في الحال ولا في الثاني، أما في الحال فلا إشكال؛ لأن المتصل بالثوب أثر مال لا عين مال.

وكذلك في الثاني إذا انفصل من الثوب ما اتصل من بياض البيضة وغيره بالمفصل، لا يكون المنفصل منه في نفسه مالًا متقومًا، وإذا لم يكن المتصل بالثوب عين مال قائم، وإنما هو أثر مال لا غير، لم يجب على صاحب الثوب شيء، متى حصل بغير عقد، بخلاف الصبغ؛ لأن ما اتصل بالثوب من الصبغ عين مال.

ألا يرى أنه متى فصل عن الثوب كان مالًا متقومًا، لأنه يصلح لصباغة[1] ثوب آخر، وعين المال القائم متقوم من غير عقد، ولا شبه عقد، وإذا لم يكن للقصارة موجب معلوم على صاحب الثوب، لو حصل بغير عقد، لم يمكن أن يجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار المسمّى، حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه، ثم ادعى أحدهما ما يغيّره إما إلى زيادة أو نقصان، وإذا لم يمكن إثبات شيء آخر سوى المسمّى موجب العقد، وجب اعتبار اختلافهما في المسمّى، والاختلاف متى وقع في مقدار المسمّى حال ما لا يمكن فسخ العقد، فإنه يجعل القول قول المنكر للزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ولا يتحالفان كما في بيع العين.

فأما على قول محمد رحمه الله هل يتحالفان؟ لم يذكر هذا في الكتاب، ومشايخنا رحمهم الله في ذلك مختلفون، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: يتحالفان على قول محمد رحمه الله على قيمة العمل، وهو أجر المثل، وما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

ومنهم من يقول: على قول محمد رحمه الله: لا يتحالفان في باب الإجارة بعد الفراغ من العمل، وظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على هذا، فإنه لم يذكر خلافًا، وإنما

(١) وفي الأصل: لصباغة.

يختلفوا على قوله لاختلافهم في نكتة محمد رحمه الله في مسألة بيع إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة من حيث تجب القيمة على المشتري عند بعضهم، وإنما تجب القيمة حكماً لفساد العقد؛ لأنهما اتفقا على العقد، واختلفا في التسمية، وإذا تحالفا لم يثبت واحد من التسميتين، فكأنه باع ولم يسم الثمن، فلو باع ولم يسم الثمن، كان البيع فاسداً، فيجب رد العين إن كانت العين قائمة، ورد القيمة إن كانت هالكة، فمن قال بأن نكتته في تلك المسألة هذا قال: يجب هنا أن يتحالفا؛ لأن التسمية إذا لم تثبت تفسد الإجارة، فكأنه استأجره ولم يسم له أجراً، فيجب رد أجر المثل بعد استيفاء العمل، فيكون التحالف مفيداً على قول محمد رحمه الله، فيتحالفان عنده أيضاً.

ومنهم من قال: نكتته في تلك المسألة أن القاضي يفسخ العقد عند التحالف متى طلبا، أو طلب أحدهما، فيجب على قضية الفسخ رد العين إن كان قائماً، ورد القيمة إن كان هالكاً بسبب انفساخ العقد، أو لأنه ما لم يفسخ واحد من المتعاقدين لا ملك، يبقى العين في يده بغير ملك إلا أن العين متقوم بعقد، وبغير عقد، فمن قال بأن نكتته هذا في تلك المسألة يقول: هنا لا يتحالفان؛ لأن القاضي إنما يفسخ الإجارة، أو لا يقضي لواحد من المتعاقدين بشيء، ومتى فسخ الإجارة، أو لم يقض لواحد من المتعاقدين، فإنه لا يجب رد القيمة؛ لأن العمل يتقوم بالعقد، والعمل لا يتقوم بغير عقد، وإذا لم تجب القيمة لم يجب التحالف؛ لأن ثمرة التحالف رد العين أو رد القيمة حتى يصل كل واحد منهما إلى رأس ماله، فيحيي حق كل واحد منهما، وهنا يبطل حق القصار أصلاً، وهذا لا يجوز.

ثم إنما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله في مسألة القصارة، ولم يذكره في الصبغ، وذلك لأن اختلاف المتعاقدين في الصبغ ليس في موجب العقد، بل فيما يغير موجب العقد، لما ذكرنا أن موجب العقد في باب الصبغ حال اختلافهما في مقدار التسمية يكون موجب الصبغ لو حصل بغير عقد، كأنهما اتفقا أن العقد على ذلك العقد، ثم اختلفا فيما يغيره إلى زيادة أو إلى نقصان، ومثل هذا الاختلاف في باب البيع لا يوجب التحالف متى لم توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، وفي فصل القصارة الاختلاف وقع في موجب العقد، لا في المغير؛ لأنه ليس هنا موجب آخر سوى

التسمية. والاختلاف متى وقع في مقدار المسمى، فإنه يجب التحالف إذا أمكن رد المعقود عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، أو رد قيمته عند محمد رحمه الله.

فإن قيل: كيف يقال: ليس للقصارة في موجب، والقصار متى قصر الثوب فإنه له أن يحبس الثوب بالأجر، كما في الصباغ، فإذا ألحقت القصارة في حق الحبس بالصبغ، فكذا في حق أن يجعل له موجب حال اختلافهما في مقدار التسمية، يجب أن يلحق بالصبغ.

والجواب عنه من وجهين. الأول: أن يقال بأن القصارة إنما ألحقت بالصبغ في حق الحبس؛ لأن الحبس إنما يكون حال قيام العقد، والقصارة متقومة حال قيام العقد، فإذا كان له أثر في الثوب وهو متقوم حال قيام العقد، كان للأجير مقابلا به، فكان له الحبس بالأجر، كما في الثوب المصبوغ، فأما في غير حالة العقد فلا قيمة له لما ذكرنا، وإنما يجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار التسمية ما يجب في غير حالة العقد كأنهما انفسخا عليه، فإذا لم يكن لأعيان القصارة بالثوب في غير حالة العقد موجب، لم يمكن تحكيمه وجعله موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، فوجب اعتبار اختلافهما في مقدار المسمى.

والثاني: أن القصار يشبه الحمال والمكاري من حيث إنه ليس في الثوب عين مال، ويشبه الصباغ من حيث إن له عمل وأثر فيه، فوفرنا على الشبهين حظهما، فألحقناه بالحمال والمكاري في حق التحالف، فلم يجب التحالف كما في المكاري والحمال، وجعلنا القول قول صاحب المال، وفي حق الحبس ألحقناه بالصبغ توفيرا على الشبهين حظهما.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجرة، وكذلك إذا اختلفا في جنس الأجر أنه دراهم أو دنانير، أو في صفته أنه جيد أو رديء، يتحالفان إذا كان الاختلاف قبل الشروع في العمل، وإذا كانت الأجرة عينا إذا اختلفا في جنسه وقدره يتحالفان، ولو اختلفا في صفته لا يتحالفان، والقول قول المستأجر، بخلاف ما إذا كانت الأجرة دينا، وقد ذكر الفرق في كتاب البيوع بين ما إذا اختلفا في صفة الثمن، وهو دين، وبينهما إذا اختلفا في صفته وهو عين، فهذا بناء على ذلك.

نوع آخر:

١٣٩٣٨ - قال: إذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قميصاً، فالقول قول رب الثوب؛ لأن الإذن من قبله يستفاد، فكان القول قوله فيما أذن فيه، قال: والخياط ضامن، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط، ولا ضمان عليه؛ لأنهما اتفقا على الإذن في القطع، فرب الثوب يدعي عليه تقييده بصفة زائدة، ويدعي وجوب الضمان عليه، وهو ينكر.

وإنا نقول: القول قول رب الثوب في الإذن، وإن ادعى تقييداً؛ لأنه ما أقر بحصول الإذن على ذلك الوصف، ولو أنكر الإذن أصلاً كان القول قوله، فإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون القول قوله، فإذا لم يوجد على الوصف الذي أذن يجب الضمان عليه.

قال: وإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الأمر في أصل ما أمره، وهو القطع والخياطة، ولكن قد تغيّر الوصف، فكان لصاحب الثوب الرضا به، وقال بعض أصحابنا رحمه الله: بأن منفعة القميص والقباء تقع على وجه واحد، وإنما تختلف الأغراض، فقد وجد المعقود عليه مع العيب، وكانوا يقولون: لو قطعه سراويل لم يجب له الأجر؛ لأنه نوع آخر من المنفعة، فلم يوجد المعقود عليه، قالوا: والرواية بخلاف هذا، فإنه روي عن محمد رحمه الله أنه لو دفع شبها إلى رجل ليضرب له طستاً، فضربه كوزاً، فإن شاء ضمنه مثل شبه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل عمله، فكذا في السراويل يجب أن تكون كذلك، وإنما أوجب أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمّى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك، وجب أجر المثل، ولا يجاوز المسمّى.

١٣٩٣٩ - وروي عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أمره أن ينزع ضرسًا له بأجر، فنزع، فقال الآمر: أمرتك بغير هذا، فالقول قول الآمر مع يمينه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وكذا لو أمره أن يقطع شيئاً من جسده، أو يبط[1] قرحة عليًا، إن الآمر

(١) ويط: بطأ من باب ضرب، وبط: طرح، شقه

من قبله يستفاد، فكان القول قوله.

١٣٩٤٠- قال: ولو أعطى صبّاغًا ثوبًا ليصبغه، ثم اختلفا، فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقول قول رب الثوب؛ لما ذكرنا أن الأمر من قبله يستفاد، قال: فلو دفع إلى ندّاف ثوبًا يندف عليه قطنًا، وأمره أن يزيد من عنده ما رأى، فجاء، وقد ندف عشرين إستارًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر إستارًا، وأمرتك أن تزيد عليه عشرة أساتير، فلم تزد إلا خمسة، وقال النداف: دفعت إلي عشرة، وأمرتني أن أزيد عشرة، وقد زدت، فالقول قول النداف، وعلى صاحب القباء أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن؛ لأن صاحب الثوب مقر أنه لم يخالف، لكنه يدعي أنه دفع إليه خمسة عشر إستارًا، فكان القول قول النداف في مقدار ما قبض، فتبقى العشرة زيادة، فيضمنها صاحب الثوب.

ولو اختلفا فيما أمر به أيضًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر، وأمرتك أن تزيد خمسة عشر، وقال النداف: دفعت إليّ عشرة، وأمرتني أن أزيد عشرة فزدت، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء صدّقه ودفع إليّ عشرة أساتير، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه، ومثل عشرة أساتير، وكان الثوب للنداف؛ لأن صاحب الثوب يدعي الخلاف، فكان القول قوله فيما أمره، والقول قول النداف في مقدار ما قبض - والله أعلم بالصواب -.

نوع آخر:

١٣٩٤١- قال: ولو دفع إلى خيّاط ثوبًا ليقطعه قباء، ودفع إليه البطانة والقطن، فجاء به، فقال رب الثوب: البطانة ليست ببطانتي، فالقول قول الخياط مع يمينه أنه بطانته؛ لأن البطانة أمانة في يده، أو مضمون عليه، وأيهما كان كان القول قوله، قال: ويسع لرب الثوب أن يأخذ البطانة ويلبسها؛ لأنها إن كانت بطانته، حل له لبسها، وإن كانت غيرها فقد دفع إليه الخيّاط بدل بطانته، فيحل له اللبس.

١٣٩٤٢- قال: وكذلك لو أعطى حمالًا متاعًا ليحمل من موضع إلى موضع، ثم اختلفا، فقال رب المتاع: ليس هذا متاعي، وقال الحمال: هذا متاعك، فالقول قول

الضمان مع يمينه؛ لما ذكرنا، ولا يكون على الآجر أجر إلا أن يصدقه، ويأخذه؛ لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع. قال: والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء، إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح، يريد بهذا أنه لو حمله طعامًا أو زيتًا، فقال الحمال: هذا طعامك بعينه. وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا، فإنه يستحسن أن يكون القول قول رب الطعام، ويبطل الأجر، ويحسن أن يكون القول قول الحمال، ويأخذ الأجر إذا كان قد حمله.

فأما إذا كانا نوعين مختلفين، بأن جاء به شعيرًا، وقال رب الطعام: كان طعامي حنطة، لم يجب له الأجر حتى يصدقه ويأخذه؛ لأنه إذا اتحد الجنس فرب الطعام يملك أن يأخذه عوضًا عن طعامه؛ لأن الحمال قد بدل ذلك، فإذا حصل له العوض سلمت المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ الأجر إلا بالتراضي والبيع، فما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجرة - والله أعلم بالصواب -

نوع آخر:

١٣٩٤٣- المؤاجر إذا وجد بالأجر عيبًا، وأراد أن يرده على المستأجر، فهذا على وجهين: إما أن يصدقه المستأجر في ذلك، أو يكذبه، والأجرة عين كثوب بعينه، أو حنطة بعينها، أو كان دينًا بأن كانت الأجرة دراهم أو دنانير، أو مكيلًا، أو موزونًا في الذمة سوى الدراهم والدنانير، فإن صدقه المستأجر كان له أن يرده على المستأجر، سواء كانت الأجرة دينًا أو عينًا؛ لأن العيب ثبت بتصادقهما، كما في بيع العين، وإن كذبه المستأجر، وقال: ما أعطيتك هذا إن كان الأجرة دينًا، ولم يكن أقر المؤاجر بقبض الجياد، ولا بالاستيفاء، وإنما أقر بقبض الدراهم لا غير، فالقياس أن يكون القول قول المردود عليه، وهو المستأجر، وفي الاستحسان: يكون القول قول الراد مع يمينه، وهو المؤاجر، وقد ذكرنا جنس هذا في كتاب البيوع، هذا إذا لم يقر بقبض الجياد.

فأما إذا أقر بقبض الجياد، بأن قال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت الأجر، أو استوفيت، فإنه لا يصدق؛ لأن الاستيفاء عبارة عن أخذ الحق بتمامه، فيصير مقرًا بقبض الجياد، وكذلك إذا قال: قبضت الأجر؛ لأنه أضاف القبض إلى الأجر، والأجر سليم

من العيب، فيصير ذلك إقرارًا بالجياد، ولا تقبل بينة الآجر على ذلك؛ لأنه متناقض في الدعوى، فأما إذا كان عينًا، فالقول قول المردود عليه قياسًا واستحسانًا، كما في بيع العين، وقد ذكرنا الفرق بين الأمرين في كتاب البيوع، فلا نعيد ذكره.

١٣٩٤٤ - ولو استأجر قاص[1] من رجل بيتًا، فباع فيه زمانًا، ثم خرج منه، واختلفا فيما فيه من الرفوف وأشباهه، فقال رب البيت: كان هذا في بيتي حين استأجرته، وقال المستأجر: لا، بل أنا أحدثته، فالقياس أن يكون القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع الأرض والبناء، لكون هذه الأشياء مركبا بالأرض والبناء، والأرض لرب الدار، فكذلك ما كان تبعًا للبناء، والأرض يكون له، ألا ترى أنهما لو اختلفا في خشب السقف، أو في الباب المركب، أو في العلو، كان القول قول رب الدار مع يمينه، فكذلك هنا، في الاستحسان: القول قول المستأجر، وجه أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذي يحدث هذه الأشياء، فكانت العرف شاهدًا للمستأجر، فيكون القول قوله.

فإن قيل: إن كان العرف شاهدًا للمستأجر، فالتبعية بسبب التركيب شاهد لرب الدار أنه له، فلم صار شاهد المستأجر أولى من شاهد رب الدار؟

والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب محتمل بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب الدار؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك، وله فعله[2]، فقد استويا في التركيب، ثم ترجح الحدث من المستأجر بدلالة العرف، فصار شاهد المستأجر أولى من هذا الوجه، وهكذا الجواب في الطحان وسائر الصناع إذا اختلفا فيما يحدثه الصناع في العرف والعادة بدون الآجر، فالمسألة على القياس والاستحسان.

والحاصل في جنس هذه المسائل: إن كل شيء يحدث المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر، ولو اختلف رب الدار، والمستأجر في بناء من بناء الدار غير ما ذكرنا، أو في باب، أو في خشبة أدخلها في السقف، فقال رب الدار: أنا آجرتك، وهذا فيها، وقال المستأجر: بل أنا أحدثت، فإن القول في هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه

---

(١) قاص: بقال.

(٢) وفي م " جعله " مكان " فعله " كلاهما صحيحان.

تابع لأرضه وبنائه، ولا عرف أن المستأجر هو الذي يحدث ذلك، فيكون لرب الدار، وما كان له في الدار من لبن موضوع، أو خشب، أو آجر، أو جذع موضوع، أو باب موضوع، أو آجر، أو جص، فهو للمستأجر؛ لأنه في يده حقيقة وحكمًا، ولم يعرف كونه في يد صاحب الدار، فيكون القول قول المستأجر.

وإنما قلنا: إنه في يده، إما حقيقة فلا إشكال، وإما حكمًا فلأنه ليس تبع الدار؛ لأنه غير مركب فيه، بل موضوع فيه، وإن أقاما جميعًا البينة على ذلك، ففي كل شيء جعلنا القول فيه قول المستأجر، فالبينة بينة رب الدار؛ لأن رب الدار يدعي خلاف الظاهر.

١٢٩٤٥ - ولو اختلفا في الجص، أو في الستارة، أو في التنور، فالقول فيه قول رب الدار، قيل: هذا في التنور بناء على عرفهم، أما في عرفنا، فالقول قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذي يحدثه في عرفنا.

١٢٩٤٦ - ولو انهدم بيت من الدار، فقال المستأجر: نقضه لي، وقال رب الدار: بل هو لي، إذا عرف أنه انهدم البيت، فالقول قول رب الدار، وإن كان النقض منقولاً، فالقول قول المستأجر؛ لكونه في يده؛ لأن هذا المنقول وإن كان في يد المستأجر حقيقة، إلا أنه عرف كونه في يد صاحب الدار إذا عرف أنه نقض بيت انهدم.

وفي المنتقى: إنما يجعل القول قول ذي اليد إذا لم يعرف في يد المدعي، فأما إذا علم، فالقول قول المدعي، وإن كان ذلك لا يعرف، فالقول قول المستأجر؛ لأنه في يده ولم يعرف أنه في يد المدعي.

وإذا كان رب الدار أمر المستأجر أن يبني في الدار على أن يحتسب له ذلك من الأجر، واختلفا، فقال المستأجر: أمرتني بالبناء، وقد بنيت، وقال رب الدار: لم تبن، فالقول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه إيفاء الأجر، وهو ينكر، وإن أقر بالبناء إلا أنهما اختلفا في مقدار ما أنفق، ذكر أن القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه زيادة الإيفاء، ورب الدار ينكر.

قالوا: هذا إذا كان مشكلاً بأن اختلف في ذلك أهل تلك الصناعة، فقال بعضهم كما يقول رب البيت: إنه ينفق في نفقة مثل هذا البناء قدر ما يدعي رب البيت،

ثبت إن كان على البقاء، فهو ثابت ما لم يقم الدليل على الزوال، فمن الجائز أنه زال التسليم بعد ما وجد بدليل أوجب زواله، بأن غصبه منه غاصب، وهذا هو حد استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال ثابت من وجه غير ثابت من وجه، ولهذا صلح للدفع، ولم يصلح للاستحقاق، ووجوب الأجر غير واجب، فلا يمكننا إيجابه بدوام تسليم ثابت باستصحاب الحال ما لم يترجح ما يوجب دوام التسليم على ما يوجب زواله، فحكمنا في ذلك الحال، وقلنا: إن كان الساكن هو المستأجر، يترجح ما يوجب دوام التسليم على ما يوجب زواله، فكان الحكم له، وإن كان الساكن غيره يترجح ما يوجب زوال الدوام على ما يوجب دوامه، فكان الحكم له.

ونظيره ما لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والآجر بعد انقضاء مدة الإجارة في جريان الماء وانقطاعه فيما مضى، فإنه يحكم الحال إن كان الماء جاريًا حالة المنازعة، فالقول قول من يدعي دوام التسليم، وإن كان الماء منقطعًا، فالقول قول من يدعي زوال الدوام، فكذلك هذا.

فإن قيل: المستأجر أقر بالتسليم في الابتداء، فهلا جعل ذلك حكمًا على بقاء التسليم إلى آخر المدة، كما جعل بقاء التسليم فيما مضى، والجواب عنه أن كل الأجر لا يستحق بأصل التسليم؛ لأن منافع المدة معدومة تستحق، وإنما يوجد ساعة فساعة، فيجعل التسليم موجودًا ساعة فساعة كالمعقود عليه، وإذا كان لا يستحق كل الأجر بأصل التسليم الموجود في الابتداء، لا يمكننا أن نجعل التسليم الموجود في الابتداء حكمًا على دوامه، وإذا كان يستحق بدوام التسليم إلى آخر المدة أمكننا أن نجعل قيام التسليم في آخر المدة حكمًا على وجوده فيما مضى إذا لم يعرف وجود مانع من التسليم فيما مضى.

رجل تكارى من رجل بيتًا كل شهر بدرهم، فلما جاء رأس الشهر طلب رب البيت أجر البيت، فقال المستأجر: إنما أعرتنيه بغير أجر، أو أسكنتنيه بغير أجر، وصاحب البيت ينكر ذلك، ولا بينة بينهما، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأن صاحب البيت يدعي عليه أجرًا، والمستأجر ينكر، فيكون القول قوله، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة صاحب المنزل؛ لأنه هو المدعي، فإنه ادعى عليه أجرًا، وأثبته بالبينة.

وكذلك إذا قال للساكن: إن الدار داري، ولا حق لك فيها، فالقول قول الساكن

مع يمينه؛ لأن الآجر ادعى عليه شيئين: الأجر وكون الدار ملكًا له، والساكن أنكر الأمرين جميعًا، فيكون القول قوله فيهما في الأجر؛ لأنه ينكر وجوب الأجر في ذمته وفي الدار؛ لأن الدار في يده، فإن قال الساكن: الدار لفلان وكلني بالقيام عليها، فالقول قول الساكن، ويكون خصمًا للمدعي؛ لأنه ادعى عليه الأجر وكون الدار ملكًا له، والمستأجر أنكر الأجر، فكان القول قوله، وادعى أن يده في الدار يد غيره حتى يندفع عن نفسه خصومته في الدار، فلا يندفع عنه الخصومة بمجرد قوله: إن يده في الدار يد غيره ما لم يقم البينة على ما ادعى عندنا.

وإن قال المستأجر: إنك وهبتني المنزل، فلا أجر لك، وقال الآجر: بل آجرتك، فالقول قول المستأجر في الأجر؛ لأن صاحب المنزل يدعي عليه الأجر، والمستأجر ينكر، وفي الدار القول قول صاحب المنزل؛ لأن المستأجر أقر بكون الدار ملكًا له، وادعى التملك من جهته، وأنكر صاحب المنزل، فيكون القول قوله.

وإن أقاما جميعًا البينة، يؤخذ ببينة الموهوب له؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كانا جميعًا كأنه آجر منه، ثم وهب له بعد العقد، ولو كان كذلك تثبت الهبة، ولم يكن عليه أجر، فكذا هذا، بخلاف ما إذا ادعى الساكن العارية، وصاحب المنزل يدعي الإجارة، وأقاما جميعًا البينة، فإن البينة هناك بينة صاحب المنزل، وفي الحقيقة لا فرق؛ لأنا نجعل كأن الأمرين كان آجر منه، ثم أعار منه بعد الإجارة، إلا أن الإجارة لا ترتفع بالإعارة، وترتفع بالهبة.

وهذا كله إذا لم يكن أقر الساكن بأصل الكراء، فأما إذا أقر بأصل الكراء، ثم ادعى الهبة أو العارية، فإنه لا يصدق، وعليه الأجر إلا أن يقيم بينة؛ لأن الإجارة تثبت بإقراره، والهبة والعارية لم تثبت بمجرد دعواه إلا أن يقيم البينة على الهبة، فحينئذ لا أجر عليه؛ لأن الهبة تثبت بالبينة.

وللمستأجر خيار الرؤية إن لم يكن رأى المستأجر اعتبار البيع المنفعة ببيع العين، فإن اختلفا، فقال صاحب الدار: قد كنت رأيت، وقال المستأجر: لم أر، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن عدم الرؤية أصل، فإذا حلف أنه لم يرها يردها إلا أن تقوم بينة لأنه قد رآها.

المفتاح، فلما مضى الشهر جاء رب المنزل يطلب الأجر[1]، فقال المستأجر: لم أقدر على فتحه، وقال الآجر: بل قدرت على فتحه، وسكتت ولا بينة لهما، فإنه ينظر إلى المفتاح الذي دفع إليه للحال إن كان مفتاحاً يلائم هذا الغلق[2]، ويمكن فتح الباب به، فالقول قول رب الدار، ولا يصدق المستأجر في قوله: لم أقدر على فتحه. وإن كان ما دفع من المفتاح مفتاحاً لا يلائم الغلق[3]، ولا يمكن فتح الباب به، فالقول قول المستأجر. وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة رب المنزل، وإن كان المفتاح مفتاحاً لا يلائم الغلق؛ لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه، كما في مسألة الطاحونة لو أقام المستأجر بينة أن الماء كان منقطعاً فيما مضى، فإنه يقضي بالبينة، وإن كان جارياً للحال، فكذلك هذا.

فإن قيل: إذا كان المفتاح لا يلائم الغلق، فكيف يقبل البينة على أنه كان يقدر على فتحه.

قلنا: إنما يقبل البينة على أنه كان يقدر إذا كان رب المنزل يدعي أنه كان يلائم الغلق، ولكن غيره، والمستأجر يقول: لا، بل لم يكن ملائماً من الأصل، فيقبل البينة على ما يدعيه رب البيت. والله أعلم بالصواب.

نوع آخر:

١٣٩٥٣ - إذا استأجر الرجل من آخر حماماً مدة معلومة، ثم اختلفا في قدر الحمام أنه للمستأجر، أو لصاحب الحمام، فالقول قول صاحب الحمام؛ لأنه مركب في بنائه، ولا عرف في أن المستأجر يحدث ذلك، بخلاف [الأتون][4] لأن العرف أن المستأجر هو الذي يتولى ذلك، وكان الحكم في الموضعين جميعاً العرف.

١٣٩٥٤ - ولو انقضت مدة الإجارة، وفي الحمام رماد كثير وسرقين كثير، فقال رب الحمام: السرقين لي، وقال المستأجر: هو لي، وأنا أفعله، فالقول قول المستأجر: إذا

---

(١) وكان في الأصل: يطلبه بالأجر.

(٢) وكان في الأصل: يوافق الغلق.

(٣) وكان في الأصل: [illegible] الغلق.

(٤) هكذا في هـ و"الأتون": محل النار. وكان في الأصل: [illegible] الأتون.

لم يعرف كون المدعى به في يد صاحب الحمام على ما مر قبل هذا، فأما الرماد، فإن كان ذلك من عمل المستأجر، وكان مقرًّا بذلك، فعليه أن ينقله؛ لأنه صار مشغولا من جهته، وقد أمكن تفريغه(١) من غير نقض شيء من البناء، فيكون على المستأجر تفريغه، كما لو كان مشغولا بأمتعته، فإن جحد بأن يكون من عمله، فالقول قوله؛ لأن صاحب الحمام يدعي عليه تفريغ هذا المكان، وهو ينكر، ولأنه يدعي تسليم هذا المكان من في الحاصل، والمستأجر ينكر؛ لأن الشغل يمنع التسليم، فيكون القول قوله.

نوع آخر:

١٣٩٥٥- وإذا استأجرت امرأة حليًا معلومًا لتلبس يومًا إلى الليل، فهو جائز، فإن ألبست غيرها في ذلك اليوم، فهي ضامنة، ولا أجر عليها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي، فإن اختلفا، فقال رب الحلي: لبسته، وقالت: لا، بل ألبست غيري، ذكر أن القول قول صاحب الحلي، معنى هذا أنهما اختلفا في الأجر، فقال رب الحلي: لبسته بنفسك، فعليك الأجر، وقالت المرأة: ألبست غيري، فلا أجر علي، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيه على قياس ما ذكر في الدار إذا ادعى أنه غصب منه، فإن يحكم الحال إن لم يكن فيها ساكن غيره وقت المنازعة، كان القول قول رب الدار، وإن كان فيها ساكن غيره، كان القول قول المستأجر.

وكما في مسألة الرحى إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه: فكذا هنا، يجب أن يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة، فالقول قول رب الحلي، وإن كان في يد غيرها، فالقول قولها، فإن هلك الحلي كان لرب الحلي أن يصدقها ويضمنها؛ لأنها تقر بوجوب الضمان على نفسها، فكان لرب الحلي أن يصدقها، ويضمنها، ولا أجر له، كما لو ثبت الإلباس معاينة، وإن كذبها، فقد أبرأها من الضمان، ثم يكون القول قول صاحب الحلي؛ لأن المستأجر يدعي ضمان التسليم بعدما وجد التسليم، وصاحب الحلي ينكر، فيكون القول قول صاحب الحلي - والله أعلم بالصواب -.

(١) هكذا في ظ، م، ب، وكان في الأصل: تفريقه.

نوع آخر

١٣٩٥٦ - إذا اختلف رب الدابة والمستأجر، وهو يركب بعد، فقال المستأجر: اكتريتها من الكوفة إلى بغداد بعشرة، وقال رب الدابة: بل أكريتك من الكوفة بعشرة دراهم إلى القصر، والقصر هو المنتصف، إن لم تقم لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان ويترادان؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد هو محل التحالف في حالة يحتمل العقد الفسخ، فيتحالفان ويترادان، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته؛ لأنه ادعى أمراً حادثاً وأثبته بالبينة.

وإن أقاما جميعاً البينة، كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: يقضى إلى بغداد بخمسة عشر درهماً، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع وقال: يقضى إلى بغداد بعشرة دراهم، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فوجه قوله الأول: إن كل واحد منهما ادعى عقداً غير ما يدعيه صاحبه، صاحب الدابة ادعى عقداً إلى المنتصف بعشرة، والآخر بخمسة، فيجب القضاء بهذا العقد إلى المنتصف بعشرة ببينة صاحب الدابة، وادعى المستأجر من المنتصف إلى بغداد عقداً بخمسة أنكره رب الدابة، وأثبته بالبينة، فلا بد من القضاء بها، فيجب القضاء بخمسة عشر من هذا الوجه.

ووجه قوله الآخر: وهو أنهما اتفقا على أنه ما جرى بينهما إلا عقد واحد، وقد أمكن القضاء على وفق ما اتفقا عليه، بأن لا تقبل بينة رب الدابة؛ لأنها قامت على إثبات العشرة، وإنه ثابت له بإقرار المستأجر، وإذا أمكن رد بينته، بقيت بينة المستأجر لا غير، وقد أثبت الإجارة إلى بغداد بعشرة دراهم، فيقضى بذلك، كما لو تفرد المستأجر بإقامة البينة لا غير.

ونظير هذا ما قالوا جميعاً في بيع العين إذا ادعى البائع: أنه باع منه هذا العبد بألف، وادعى المشتري أنه اشترى هذا العبد وهذه الجارية بألف درهم، وأقاما جميعاً البينة، يقضى بعقد واحد ببينة المشتري؛ لأنهما اتفقا على أنه ما جرى بينهما إلا عقد واحد، وقد أمكن القضاء بعقد واحد، بأن لا تقبل بينة البائع؛ لأنها قامت على إثبات الألف، وهو ثابت له بإقرار المشتري، والمشتري ادعى زيادة في المعقود عليه، لم تثبت له بإقرار البائع، وأثبتها بالبينة، فوجب القضاء بعقد واحد، فكذلك هنا.

ثم أبو يوسف رحمه الله لا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين السلم؛ لأن المذهب عنده أنه يقضي بعقد واحد ما أمكن، وقد أمكن القضاء بعقد واحد، فأما محمد رحمه الله يحتاج إلى الفرق، ووجه الفرق أنه إنما يقضي بعقدين إذا أمكن القضاء بهما، فههنا القضاء بهما غير ممكن؛ لأن للمنافع حكم العين، فمتى صار مستحقًا بعقد لا يمكن أن يجعل مستحقًا بعقد آخر، ومنافع هذه الدابة إلى القصر صار مستحقًا بعقد، فلا يمكن أن يجعل مستحقًا بعقد آخر، فتعذر القضاء بالعقدين ههنا.

أما في باب السلم فرأس المال أو المسلم فيه دين، ومحل الدين الذمة، وفي الذمة سعة، فكان القضاء بالعقدين ممكنًا، فقضينا بهما عملاً بالبينتين.

١٣٩٥٧ - وإذا استأجر من آخر دابة، ودفعها إليه بغير سرج، ولا لجام، وقال: اكتريتك عريانًا، ولم أكرك بسرج ولا لجام، وقال المستكري: استكريتك بسرج ولجام، كان القول قول صاحب الدابة؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلاً ورأسًا، كان القول قوله، فكذا إذا أقر بإجارة الدابة، وأنكر إجارة السرج والإكاف، وهذا بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة: يتحالفان، وهنا قال: لا يتحالفان.

ووجه الفرق بينهما أن في المسألة الأولى اختلفا في بدل المعقود عليه، والاختلاف في بدل المعقود عليه يوجب التحالف، فأما في مسألتنا لم يختلفا في بدل المعقود عليه، ولا في المعقود عليه، بل اختلفا في شيء من توابع المعقود عليه، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في بيع العين في شرط ملتحق به، وثمة لا يتحالفان؛ لأن الشروط توابع، فكذا هذا.

١٣٩٥٨ - وإذا تكارى الرجل ثلاث دواب من بغداد إلى مدينة الري بأعيانها، كانت الإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم، فجازت الإجارة، وإنما شرط مدينة الري؛ لأنه لو استأجرها إلى الري، كان لا تصح الإجارة على ما يذكره في ظاهر الرواية؛ لأن اسم الري يشتمل على المدينة، وعلى الرستاق، فإن حدود الري يسمى ريًا، وهي من مدينة الري بمراحل، وكان بمنزلة من استأجر دابة إلى خراسان لم يجز؛ لأن خراسان مشتمل على أمصار كثيرة، فكذلك هذا، وإذا جازت الإجارة، فلو أن المكاري باع هذه الدواب من غيره، أو وهب، أو تصدق، أو آجر، أو أعار، أو أودع، فجاء المستكري، ووجد الدواب في يد غيره، فأراد أن يقيم البينة على إجارته، هل تقبل

بينته، فهذا على وجهين: إما أن يكون المكاري حاضراً أو غائباً، فإن كان المكاري حاضراً، فإنه تقبل بينته عليه: وإن كان يقر أنه أجرها منه؛ لأن بينة المستأجر قامت على خصم حاضر؛ لأن المستأجر مع الذي في يده الدابة تصادقا أن الملك في الدابة كان للمكاري، والمكاري قد صدقهما في ذلك، فيثبت الملك للمكاري في الدابة بتصادقهم جميعاً، فكان المكاري خصماً للمستأجر، فتقبل بينته عليه.

فإن قيل: كيف تقبل بينته، والمكاري يقر أنه آجر هذه الدواب منه أولاً كما يدعيه المستكري، والبينة لا تقبل على المقر.

قلنا: المكاري وإن أقر بذلك إلا أنه لم يصح إقراره بحق ذي اليد، وإذا لم يصح إقراره صار وجود هذا الإقرار منه وعدمه بمنزلة.

ونظير هذا ما قالوا: فيمن باع من آخر شيئاً، ثم ادعى البائع أنه كان باع من غيره أولاً، فإنه لا يصدق فيما أقر به، ولو أن الأول أقام البينة على ما ادعى سمعت بينته، وإن كان البائع مقراً بذلك؛ لأن إقراره غير مقبول بحق الثاني، فصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، فقبلت البينة عليه، فكذلك هذا، وإذا سمعت بينة المستأجر، وكان المكاري باعه من غيره إن كان باعه بعذر، بأن كان عليه دين فادح، لم يكن للمستأجر سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة تنتقض متى حصل البيع حالة العذر بقضاء قاض على الروايات كلها، وبغير قضاء القاضي على عامة الروايات، وفي رواية الزيادات لا ينتقض، فإذا انتقضت الإجارة لا يبقى للمستأجر على الدابة سبيل.

وإن كان باعها بغير عذر، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة إجارته، كانت سابقة على بيع الذي في يده الدابة، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة إجارته، وما يقول في الكتاب أن البيع مردود، فتأويله إذا فسخ المشتري البيع، وذلك لأن المستأجر لما كان أحق بالدابة يتأخر قبض المشتري، فيتخير إن شاء تربص إلى أن تنقضي مدة إجارته، وإن شاء فسخ البيع، كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، فإذا تربص حتى انقضت مدة الإجارة، يكون البيع جائزاً، ولا يكون للمستأجر حق الفسخ؛ لأنه توصل إلى حقه من غير فسخ، وإن كان من غيره، أو أعار، أو وهب، أو تصدق كان المستأجر الأول أحق بها إلى أن يستوفي إجارته، ثم تجوز هذه التصرفات، ويكون الجواب

في حق هذه التصرفات كالطرف فيما إذا باعه بغير عذر؛ لأن العذر لا يتحقق في حق هذه الأشياء حتى تنتقض الإجارة.

هذا الذي ذكرنا إذا كان المكاري حاضرًا، فأما إذا كان المكاري غائبًا، فإن بينة المستأجر تقبل إذا كان الذي في يديه الدابة مشتريًا، أو متصدقًا عليه أو موهوبًا له؛ لأن الذي في يديه الدابة متى كان مشتريًا أو متصدقًا عليه، فيدعي الملك لنفسه فيما في يديه، فينتصب خصمًا لكل من ادعى حقًا في يديه، وقد ادعى المستأجر حقًا فيما في يديه فينتصب خصمًا له، وقبلت بينته بعد هذا إن كان باعه المكاري بعذر، فلا سبيل له على الدابة؛ لأن الإجارة انتقضت، وإن كان باعه بغير عذر، أو وهبه، أو تصدق، كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته؛ لأن إجارته سابقة على هذه التصرفات، فكان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته، فأما إذا كان الذي في يده الدابة مستأجرًا، أو مستعيرًا، أو مودعًا، وقد صدقه المستكري فيما قال، قال: لا تقبل بينته عليه؛ لأنه ثبت بتصديقهما أن الدابة في يده مستأجرة، أو مستعيرة، أو مودع في وجه معروف، والمودع والمستعير والمستأجر لا ينتصب خصمًا، فالبينة قامت لا على خصم، فلا تقبل.

ثم تقول[1] في الكتاب: والمستأجر أحق بها حتى يستوفي إجارته، ولم يذكر أن المستأجر الأول أحق بها أم الثاني، ويجب أن يكون الجواب على التفصيل، إن كان المكاري حاضرًا، فالمستأجر الأول أحق به، وإن كان غائبًا، فالمستأجر الثاني أحق بها؛ لأن المكاري إذا كان حاضرًا، فبينة المستأجر الأول مقبولة في هذه الحالة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاين القاضي إجارته الأولى، جعل الأول أحق به، فكذا إذا ثبت بالبينة.

وأما إذا كان المكاري غائبًا، فبينة المستأجر الأول لا تقبل في هذه المسألة، فيكون الثاني أحق بها إلى أن يستوفي إجارته، ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله المسألة على هذا الوجه، فلم يجعل المستأجر الثاني خصمًا للمستأجر الأول.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمهما الله أن يجعل المستأجر خصمًا لصاحب اليد إن كان مستأجرًا مقبوضًا،

(١) [illegible] في الأصل وقد [illegible] الفصول.

وجعله خصماً له، وفرقا بين المستأجر وبين المستعير والمودع.

١٣٩٥٩ رجل استأجر دابة من رجل إلى واسط بعشرة دراهم، وقال المكاري للمستكري: استكر عليّ غلاماً يمسك ويتبع الدابة، وأجره عليّ، وأعطه نفقة ينفق على نفسه، وعلى الدابة من كراء الدابة، كان ذلك جائزاً، فإن اختلفا، فقال المستكري: استكريت الغلام، وأعطيت نفقته، ونفقة الدابة من كراء الدابة، وقد برئت من الأجر بذلك القدر، وأنكر صاحب الدابة استئجار العبد، فالقول قول صاحب الدابة: إنه لم يستأجر، وعلى المستكري البينة أنه استأجر الغلام، وإن كان المستكري وكيلاً بالاستئجار؛ لأن الوكيل بالاستئجار بمنزلة الوكيل بالشراء.

١٣٩٦٠ - ولو قال الوكيل بالشراء: اشتريت وهلك الثمن عندي، وأراد أن يرجع بالثمن على موكله، ولم يكن الثمن مدفوعاً إليه، وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل مع يمينه، وعلى الوكيل البينة أنه اشترى، فكذلك ههنا، فإن أقام البينة على أنه استأجر الغلام بعد هذا وأقر الغلام أنه قبض منه النفقة إلا أنه ضاع، أو سرق منه، وأنكر المكاري، كان القول قوله، يعني قول الغلام؛ لأنه لما ثبت استئجار الغلام صار الغلام وكيلاً من جهة المكاري بقبض ما عليه من الكراء بمقدار النفقة، والوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندي، كان القول قوله، فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يصير الغلام وكيلاً من جهة المكاري بقبض ما عليه من الكراء بقدر نفقته، ونفقة الدابة، وهو لم يعلم بهذه الوكالة.

قلنا: المستكري أخبره بذلك؛ لأنه حال ما يستأجره يخبره أنه يستأجره ليفعل كذا، فيصير وكيلاً كرجل وكّل غائباً، فبلغه الوكالة، فإنه يصير وكيلاً، فكذلك هذا.

رجل استأجر دابة ذاهباً وجائياً، فمات المكاري في الطريق، فإن الإجارة لا تنتقض، فإن استأجر المستكري رجلاً حتى يقوم على الدابة جاز، وكان أجره على المستكري، ولا يرجع بذلك على الورثة، والمسألة قد مرّت.

فإن اختلف الورثة والمستكري، فقالت الورثة: إنما آجرك أبونا هذه الدابة على أن مؤنة الدابة عليك، وأنكر المستكري ذلك، فالقول قوله؛ لأنهم يدعون على المستكري زيادة، والمستكري ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الورثة؛

لأنهم يدعون زيادة في الأجر فبينتهم بينة المستأجر، فتكون البينة بينة المزارع، وإن كانوا لا يستحقون هذه الزيادة ببينتهم لفساد العقد هنا. ثم ذكر في كتاب المزارعة: إذا اختلف المزارع وصاحب الأرض في مقدار البذر ونحوه، فأقام الذي ليس البذر من عنده البينة أنه شرط له النصف، وزيادة عشرة أقفزة، وأقام الآخر البينة أنه شرط له النصف، فالبينة بينة من يثبت له الزيادة، وإن كان لا يستحق هذه الزيادة حتى أقام بينة لفساد العقد، فكذا هذا.

وإذا استأجر رجل دابة من رجلين إلى بغداد ذاهبًا وجائيًا، فقال أحدهما: اكتريتها منا بعشرة دراهم، وقال الآخر: بخمسة عشر، فهذا على وجهين: إما أن يصدق المستأجر أحدهما، فيقول اكتريتها بعشرة أو لا يصدق أحدهما فيما يدعي ويقول: اكتريتها بخمسة، وقد اختلفا قبل استيفاء المعقود عليه أو بعد استيفاء المعقود عليه، فإن اختلفا قبل استيفاء المعقود عليه، وليست لهم بينة والمستأجر يكذب كل واحد منهما، ويدعي الإجارة بخمسة، فإنه يجب التحالف في نصيب كل واحد منهما؛ لأن الاختلاف وقع في بدل عقد هي إجارة حال ما يحتمل العقد الفسخ؛ لأن المعقود عليه قائم، فيجب التحالف في النصيبين جميعًا، وإذا تحالفوا فسخ القاضي العقد في جميع الدابة، كما في بيع العين، وإن كان المستأجر يصدق أحدهما بأن كان يدعي العقد بعشرة فإنه لا يجب التحالف في حصة الذي صدقه؛ لأنهما لم يختلفا في بدل المعقود عليه في حصته ويتحالفان في حصة الذي يدعي العقد بخمسة عشر، فإذا تحالفا وطلب أحدهما الفسخ من القاضي، أو طلبا جميعًا، فإن القاضي يفسخ العقد في حصته، ويبقى الإجارة في حصة الآخر بخمسة دراهم فصار هو جميعًا، كما لو مات أحدهما.

وإن وقع الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، فالقول قول المستأجر مع يمينه، كما في بيع العين إذا اختلفا بعد ما هلكت السلعة، فالقول قول المشتري مع يمينه، وكذلك هذا، وهذا الجواب على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يشكل، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضي لكل واحد منهما بنصف ما ادعى من الأجر؛ لأن كل واحد منهما ببينته يثبت نصف ما ادعى من الأجر لنفسه ونصفه لصاحبه؛ إلا أنه خصم فيما يدعيه لنفسه، وليس بخصم فيما يدعي لصاحبه، فتقبل بينة كل واحد منهم في نصف ما ادعى من الأجر لنفسه لا

المستأجر والأجير، فهذا على وجهين: إما أن يختلف في إيفاء العمل، بأن قال العبد: دفعت الكتاب إلى فلان، وقال المرسل: ما دفعت إليه، أو اختلفا في إيفاء الأجر، بأن قال المرسل: أعطيتك(١) الأجر، أو قال: أعطاك المرسل إليه، وأنكر الغلام ذلك، فإن اختلفا في إيفاء العمل، والمرسل ينكر، يكون القول قوله. كالبائع إذا ادعى تسليم المبيع، والمشتري ينكر.

وإن اختلف في إيفاء الأجر، فالقول قول الغلام؛ لأن المرسل يدعي إيفاء الأجر والغلام ينكر، فيكون القول قوله، كالمشتري إذا ادعى إيفاء الثمن، وأنكر البائع، كان القول قوله مع اليمين، كذا هذا.

٢٣٩٦٣- رجل تكارى دابة من رجل ولم يسم بغلا أو حمارا، فجاءه بحمار، فاختلفا، فقال المستكري: إنما استكريت منك هذا البغل بخمسة دراهم، وقال المكاري: لا، بل أكريتك هذا الحمار بخمسة دراهم، فهذا على وجهين: إما إن اختلفا قبل الركوب أو بعد الركوب، فإن اختلفا قبل الركوب، وليس لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في المعقود عليه حال قيام المعقود عليه، وهو قابل للفسخ، فيتحالفان.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن البغل مع الحمار مختلفان، فتكون منفعتهما مختلفة، فكان الاختلاف في المعقود عليه، وإن اختلفا بعد الركوب، ولم تقم لأحدهما بينة، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن المكاري يدعي عليه إجارة الحمار، وهو ينكر، ويقول: ما استأجرت الحمار، لم يجب علي شيء بركوبه، فيكون القول قوله مع يمينه، فأما إذا أقاما جميعا البينة إذ وقع الاختلاف في المعقود عليه، وهي المنفعة، فإن اختلفا قبل الركوب، فالبينة بينة المستأجر، وذلك؛ لأن المستأجر ببينته يثبت استحقاق منفعة البغل لنفسه، والمكاري يثبت استحقاق منفعة الحمار لغيره، فكان المستأجر أثبته بالدعوى، فكانت بينته أولى بالقبول، وكان البائع والمشتري إذا اختلفا في المعقود عليه، وأقاما جميعا البينة، فالبينة بينة المشتري؛ لأنه يثبت لنفسه، والبائع لغيره.

وإن وقع الاختلاف بينهما في الأجر، بأن اختلفا بعد الركوب، فالبينة بينة المكاري؛ لأن المكاري ببينته يثبت عليه أجر الحمار، وبينة المستكري تنفي ذلك، فكان

(١) هكذا في الأصل، وم، وب، وكان في ظ: أعطيته

بينة المكاري أولى بالقبول.

١٣٩٦٣ - وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة إلى فارس، وسمى مدينة معلومة، فالإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم، فإن اختلفا في النقد، فقال المستأجر: أعطيك نقد فارس؛ لأن الوجوب كان بفارس، ونقد فارس أنقص، وقال المكاري: لا، بل عليك نقد كوفة؛ لأن العقد كان بكوفة، ونقد كوفة أزيد، كان عليه نقد المكان الذي فيه العقد، لا نقد المكان الذي حصل فيه الوجوب، وذلك لأن الوجوب تبع للعقد؛ لأنه حكم من أحكام العقد، والأحكام تابعة للأسباب، وإذا كان الوجوب تبعًا للعقد، كان العقد أصلاً، فكان إيجاب نقد مكان العقد، وأنه أصل أولى من إيجاب نقد مكان الوجوب، وكان هذا بمنزلة ما لو اشترى عبدًا بألف درهم إلى سنين، ثم تغير النقد عما كان وقت العقد، فإنه يجب نقد ما كان وقت العقد، لا نقد ما كان وقت المطالبة؛ لأن المطالبة تبع للعقد؛ لأنه وجب بسبب العقد، فكان اعتبار مكان وقت العقد، وأنه أصل أولى من اعتبار مكان وقت المطالبة، وأنه تبع فكذا هذا.

١٣٩٦٤ - وإذا استأجر الرجل دابة إلى الحيرة، فقال رب الدابة: هذه الدابة دونك فاركبه، فلما كان بقدر ما يرجع من الحيرة اختلفا، فقال المستكري: لم أذهب بها إلى الحيرة، فلا أجر عليّ. وقال صاحب الدابة: لا، بل ذهبت بها إلى الحيرة، ولي عليك الأجر، فهذه على وجهين: إما إن علم خروجه إلى الحيرة، أو لم يعلم، فإن لم يعلم خروجه وتوجه إلى الحيرة، فالقول قول المستأجر؛ لأنه متى لم يعلم خروجه، فحاصل اختلافهما وقع في التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد، صاحب الدابة يدعي تسليمها في المكان الذي أضيف العقد إليه، والمستأجر ينكر، فيكون القول قول المستأجر.

وإن علم خروجه إلى الحيرة، فالقول قول صاحب الدابة؛ لأنه متى علم خروجه إلى الحيرة فقد ثبت التسليم في المكان الذي أضيف العقد، وحصل اختلافهما بعد ذلك إنما وقع في انقطاع التسليم المستأجر يدعي انقطاع التسليم بعد ما وجد، وصاحب الدابة ينكر، فيكون القول قوله، وكان كمستأجر الدار إذا ادعى أنه غصب الدار منه بعد ما سلم الدار إليه، وصاحب الدار ينكر، وهناك القول قول صاحب الدار إذا لم يكن في الدار

غاصب وقت الزراعة، وكذلك هذا - والله أعلم بالصواب -.

نوع آخر:

١٢٩٦٥- إذا وقع الاختلاف بين المستأجر وصاحب الرحى، فهذا على وجهين: إما إن يختلفا في مقدار مدة الانقطاع بأن قال صاحب الرحى: انقطع خمسة أيام، وقال المستأجر: انقطع عشرة أيام، أو يختلفا في أصل الانقطاع بأن قال المستأجر: انقطع الماء عشرة أيام، وقال صاحب الرحى لم ينقطع. فإن اختلفا في مقدار مدة الانقطاع بعدما اتفقا على الانقطاع، فالقول قول المستأجر مع يمينه لوجوه ثلاثة: الأول: وهو أن صاحب الرحى مع المستأجر اتفقا على زوال التسليم، ولهذا سقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد ذلك يدعي تسليمًا مستأنفًا لعوده(١) الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر، فيكون القول قوله، كما لو لم يكن التسليم ثابتًا فادعى صاحب الرحى التسليم والمستأجر ينكر، كان القول قوله، فكذلك هذا.

والثاني: إن صاحب الرحى يدعي على المستأجر زيادة أجر، والمستأجر ينكر، فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

والثالث: إن العقد انفسخ في مدة خمسة أيام باتفاقهما؛ لأن انقطاع الماء يوجب انفساخ العقد، ولهذا يسقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد مضي خمسة أيام يدعي عود العقد، والمستأجر ينكر، فعلى العبارات الثلاث القول قول المستأجر مع يمينه.

فأما إذا اختلفا في أصل الانقطاع، فإنه يحكم الحال إن كان الماء جاريًا وقت الخصومة، فالقول قول صاحب الرحى مع يمينه؛ لأن ظاهر الحال يشهد له؛ لأن الماء كان جاريًا في الابتداء، ووقت الخصومة جارٍ، فالظاهر أنه لم ينقطع فيما بين ذلك، فمن ادعى الانقطاع فقد ادعى خلاف الظاهر، فكان مدعيًا، والآخر منكر، وإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة، فالقول قول المستأجر؛ لأن الظاهر يشهد للمستأجر؛ لأن الانقطاع للحال دال على انقطاعه فيما مضى من حيث الظاهر، فيجعل القول قول المستأجر.

(١) وكذا في م، وكان في غيرها: بعد.

١٣٩٦٦ – وإذا استأجر الرجل رحى ماء ، فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة ، فهذا عذر ، وله أن يفسخ الإجارة ، لما ذكرنا من قبل ، وكذلك إذا انكسر البيت ، فإن اختلفا فهذا على وجهين : إما أن يختلفا في مدة الانكسار بعد ما اتفقا على الانكسار ، أو يختلفا في أصل الانكسار ، والجواب فيه كالجواب فيما إذا اختلفا في قدر مدة الانقطاع ، وفي أصل الانقطاع .

١٣٩٦٧ – وإذا تكارى رجل من غيره إبلا مسماة من الكوفة إلى مكة ، ثم اختلفا في الخروج ، فقال أحدهما : أخرج بعشرة ذي القعدة ، وقال الآخر : لا ، بل تخرج[1] بعد خمس يمضين من ذي القعدة ، فإنه يؤخذ بقول من يقول : أخرج بعد خمس يمضين من ذي القعدة ؛ وذلك لأن ما يقوله : هذا أقرب إلى المعروف المعتاد فيما بينهم ؛ لأن المعروف المعتاد فيما بينهم أنهم كانوا يخرجون بعد عشرة يمضين من ذي القعدة ؛ لأنه كانوا لا يخافون فوات الحج ، ولا يلحقهم تعب السرعة في السير بطي المراحل ؛ لأن من كوفة إلى مكة سبع وعشرين مرحلة ، فيحتاج إلى سبعة وعشرين يوماً ، وقد بقي من ذي القعدة عشرين ، إن كمل الشهر ، وإن انتقص تبقى تسعة عشر ، فيحتاج إلى سبعة ، أو إلى ثمانية من عشر ذي الحجة ، فيكونون يوم التروية بمكة لا محالة .

وإذا كان الوقت المعروف للخروج فيما بينهم بعد عشر يمضين من ذي القعدة ، فمن قال : أخرج بعد عشر[2] يمضين ، كان ما يقول أقرب إلى المعروف المعتاد مما يقوله الآخر ؛ لأنه يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة ، والآخر يدعي التقدم بعشرة ، فكان الأخذ بقوله أولى ، إذ ليس في الأخذ بقوله فوت الحج ، ولا تعب السرعة بطي المراحل ، وهذا بخلاف ما لو قال أحدهما : أخرج بعد النصف من ذي القعدة ، وقال الآخر : بل أخرج بعد خمس يمضين ، فإنه لا يؤخذ بقول واحد منهم ، ويؤخذ بالوقت المعتاد ، وذلك لأن ما يقوله كل واحد منهما في المقاربة في الوقت المعتاد ، وفي المخالفة على السواء ؛ لأن أحدهما يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة ، والآخر يدعي التأخر عن الوقت المعتاد بخمسة ، فلم يكن ترجيح قول أحدهما على الآخر ، فتساقط القولان للتعارض ، فوجب

(١) وكان في الأصل و ب : أخرج .

(٢) هكذا في ظ ، ب ، م ، وكان في الأصل : خمس عشر .

الأخذ بالوقت المعتاد، وذلك بعد عشر يمضين، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك أمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر من الوجه الذي ذكرنا.

وهذا كله إذا لم يتفقا على شيء، فأما إذا اتفقا على وقت، فإنه يجب الأخذ بذلك، وإن كان ما اتفقا عليه خلاف المعروف المعتاد؛ لأنه لا عبرة للعرف متى جاء الشرط بخلافه. كما في نقد البلد في المبايعات، لا عبرة بها متى جاء الشرط بخلافه، فكذلك هذا -والله أعلم-.

نوع آخر:

الأصل في هذا النوع: أن التنازع متى وقع بين اثنين لم يصر قول أحدهما حجة على الآخر، وهذا ظاهر، والثاني أن القضاء بالبينة على الغائب، وللغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، إما حكمي أو قصدي لا يجوز، والقضاء للغائب بإقرار الحاضر جائز.

والثالث: أن البينة متى قامت بحفظ مال الغائب، ودفع الهلاك والفساد عن ماله، فالقاضي بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل؛ لأنها قامت على إثبات حق الغائب من وجه، وليس عنه خصم حاضر إلا أن فيه دفع الفساد والهلاك عن أموال من كان عاجزاً عن الحفظ بنفسه، والقاضي نصب ناظراً للمسلمين، فإن شاء مال إلى هذا الجانب، وإن شاء مال إلى ذلك الجانب.

١٣٩٦٨- قال: رجلان استأجرا دابة من الري إلى الكوفة بأجر مسمى، فلما ذهبا إلى الكوفة اختصما عند القاضي، فقال أحدهما: اكتريناها من فلان إلى الكوفة ذاهباً وجائياً، وقال الآخر: اكتريناها من فلان إلى مكة ذاهباً وجائياً، ولا بينة لواحد منهما، فإن القاضي يقضي بالدابة ملكاً للمقر له الغائب؛ لأنهما أقرا أنها مملوكة للغائب، والدابة في أيديهم، وإقرار صاحب اليد بما في يده للغائب صحيح، فصح القضاء به للغائب، ولا يقضي فيها بالإجارة؛ لأنهما يدعيان الإجارة فيها[1] على الغائب، والقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز، فكيف بمجرد دعواهما، ويمنع القاضي كل واحد منهما من الذهاب إلى

---

(١) وكان في الأصل: لأنهما يدعيان الإجارة فيها على الغائب صحيح.

الموضع الذي يدعي ؛ لأن كل واحد منهما ينازع الآخر .

وقد بينا أن قول كل واحد من المتنازعين ليس بحجة على صاحبه ، فإن اجتمعا على شيء يتركهما القاضي وما اجتمعا عليه ؛ لأن الدابة في أيديهم ، وقولهم فيما لا منازع لهما حجة ، وليس للقاضي إنشاء الخصومة للغائب ، فيدعهما وما اجتمعا عليه ، كرجل في يده مال ، وهو يقول : وهبه لي فلان ، أو قال : دفع إلي فلان لأدفعه إلى فلان آخر ، فالقاضي لا يتعرض له لما قلنا ، كذا ههنا .

فإن طلبا من القاضي بأن يأمرهما بالنفقة عليهما ، أو ببيعهما ، القاضي لا يأمرهما بذلك ؛ لأن القاضي إنما يجوز له الأمر بالإنفاق على الدابة ، والأمر بالبيع نظراً للغائب ، وإنما يكون نظراً للغائب إذا كانا مودعين في الدابة بحيث لو لم ينفقا ، وهلكت الدابة ، لا يكون عليهما ضمان ، وهذا محتمل يجوز أن يكونا ضامنين ، فلهذا لا يأمر القاضي بذلك قبل إقامة البينة ، فإن أقام كل واحد منهم البينة على ما ادعاه من الكراء ، وزكيت البينات ، وقف القاضي الدابة في أيديهم ؛ لأنهما أثبتا أن صاحب الدابة رضي بأمانتهما ، ولا يأذن القاضي لواحد منهما في الركوب إلى الموضع الذي يدعي ؛ لما فيه من إزالة يد أحدهما ، وقد استويا فيه ، ولما فيه من الحكم على الغائب بالبينة ، ولكن يأمرهما أن ينفقا عليه على ما يرى أن رجاء قدوم صاحبهما ، وإن لم يرج لا يأمرهما بالنفقة بل يأمرهما بالبيع ؛ لأنه ثبت كونها أمانة للغائب في أيديهما ، والقاضي نصب ناظراً للمسلمين ، فيأمرهما بما هو أنظر للغائب ، ففي الوجه الأول الإنفاق أنظر للغائب ، وفي الوجه الثاني البيع أنظر ؛ لأنه إذا كان لا يرجو قدوم صاحبهما ، ولو أمرهما بالإنفاق ، ربما تأتي النفقة على قيمة الدابة ، فيأمرهما بالبيع حينئذ احتياطاً .

وإذا باعا الدابة بأمر القاضي وقف القاضي الثمن في أيديهما ؛ لأنه كان يقف الدابة في أيديهما ، فيقف بدلها أيضاً في أيديهم ، فإن كانا قد انفقا عليها بأمر القاضي ، وثبت ذلك عند القاضي ، فالقاضي يعطيهما من الثمن مقدار ذلك ؛ لأنه ثبت عند القاضي وجوب هذا القدر ديناً على الغائب ؛ لأن أمر القاضي بالإنفاق ، وله ولاية ، كأمر الغائب بنفسه ، وثمن الدابة مال الغائب ، وأنه من جنس حقهما ، فكان للقاضي أن يعطيهما من ذلك مقدار دين الغائب .

على ذلك، فالقاضي لا يصحح الإجارة؛ لأنه ذلك من القضاء على الغائب، لكنه إن شاء آجر ذلك النصف من شريكه على سبيل النظر؛ لأن الإجارة في الغائب من باب النظر، فيفعله القاضي ذلك، كما في اللقطة إن كانت دابة، فإذا فعل ذلك يتضمن ذلك انفساخ الإجارة الأولى في حق صاحب العذر مقتضى صحة ما يفعله، ويجوز أن يثبت الشيء ضرورة، وإن كان لا يثبت مقصوداً.

وفي الكتاب يقول: إن شاء القاضي يكري الدابة كلها من الذي يرجع إلى بغداد، ومعناه أن القاضي يكري النصف الذي كان لصاحب العذر من الذي يريد الرجوع إلى بغداد، ويعيد العقد في النصف الآخر الذي كان له، وإن شاء آجر نصيبه من آخر فيركبانها جميعاً، أو على سبيل التهايؤ، كما كانا يفعلان مع الأول.

وأشار في بعض روايات هذا الكتاب أنهما إذا تصادقا على ما ادعيا في هذه المسألة، ولم يختصما بقية أن القاضي يأمر لهما إن شاء آجر ذلك النصف من شريكه الذي يريد الرجعة إلى بغداد، أو من رجل آخر على سبيل النظر، كما يفعل مثل هذا إذا أقام البينة.

وذكر في مسألة أول النوع أنهما إذا اجتمعا على شيء، فالقاضي يتركهما وما اجتمعا عليه، ولا يتعرض لهما، وتبين في المسألة روايتان، لكن ما ذكر في مسألة أول النوع جواب القياس، وما ذكرهما جواب الاستحسان. وهذا لأن تصادقهما والدابة في أيديهما حجة في حقهما، ولو أقاما البينة يقبلها بناء على أن لا تهمة من أيهما، وفي الاستحسان إن فعل ذلك كان أحسن وأفضل، وإذا كان فصل البينة على القياس والاستحسان، فكذا فصل التصادق. ثم لم يذكر في الكتاب أنه إذا لم يجد من يكتري ذلك النصف، هل له أن يودع ذلك النصف من الذي يريد الرجوع إلى بغداد، وذكر في موضع آخر أنه إن شاء فعل ذلك، فيكون النصف في يده وديعة، والنصف الآخر بالإجارة، فيركب يوماً ويترك يوماً. وهذا الإطلاق على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: إجارة النصف من رجل آخر لا يجوز لمكان الشيوع.

١٣٩٧٠ ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل دفع إلى قصار ثوباً ليقصره له بدرهم، فقال القصار: هذا ثوبك، وقد قصرته بدرهم كما أمرتني، وقال دافع الثوب: ليس هذا ثوبي، وثوبي غير هذا، فالقول قول القصار: إن هذا ثوبه، ولا يضمن، ويقول

للدافع، والقول قول دافع الثوب فيما ادعى عليه القصار من الأجر، ولا أجر للقصار، أما القول قول القصار في أن هذا ثوبه؛ لأن هذا اختلاف في تعين المقبوض، والقول قول القابض في تعين المقبوض، ولا أجر للقصار؛ لأن الأجر إنما يستحق بإقامة العمل في المحل المأذون فيه، وقد اختلفا فيه، وإن قال رب الثوب: هذا ثوبي، ولم آمرك أن تقصره، والذي دفعت إليك تقصر غير هذا، فإنه يأخذ هذا الثوب ولا أجر عليه.

قال: ولو كان هذا في القطع والخياطة؛ لم يأخذه، ولكنه يضمن الخياط قيمته، ويتركه على الخياط إن شاء، ولم يثبت مثل هذا الخيار في فصل القصار؛ لأن الخياط وجد منه نوع استهلاك، والقصار لم يوجد منه الاستهلاك أصلاً.

هشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل دفع إلى قصار ثوباً ليقصره له بدرهم، فأعطاه القصار ثوباً، وقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: ليس هذا ثوبي، فأخذه رب الثوب، ونواه[1] عوضاً عن ثوبه، قال: لا يسعه لبسه، أو قال: بيعه إلا أن يقول رب الثوب للقصار: أخذته عوضاً عن ثوبي، فيقول القصار: نعم؛ لأن عند ذلك ينعقد بينهما مبادلة، ويصير هذا الثوب ملكاً للدافع بالمبادلة.

هشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن القصار، ومن بمعناه إذا دفع إليهم الشيء بأجر إذا ادعى رد ذلك الشيء على الدافع، لا يصدق عليه إلا ببينة، وكذلك الأجير المشترك في رعي البقر والغنم، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد رحمه الله، ومن من يرى أن يد الأجير المشترك يد ضمان، أما من يرى أن يده يد أمانة، وهو أبو حنيفة رحمه الله يقول: يقبل قوله في الرد كالمودع.

وكذلك إذا ادعى الموت، كان كما ادعى الرد، قال: ولو تكاراه على أن يحمل له مملوكاً، فادعى أنه مات، صدق بلا بينة، وليس ولد آدم كالبهائم.

١٣٩٧٦ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل آجر رجلاً داراً بعشرة دراهم، فاستحقها رجل ببينة، فقامت له على الدار، وقال: كنت دفعتها إلى الآجر وأمرته أن يؤاجرها لي، فالأجرة لي، وقال الآجر: كنت غصبتها منه، وآجرتها، فالأجرة لي، فالقول قول رب الدار، ويأخذ الأجر؛ لأن الظاهر شاهد لرب الدار، فإن

...

(١) هكذا في ظ، وكان في بقية النسخ: ويرد.

الظاهر أن الإنسان يتصرف في ملك الغير لذلك الغير.

وإن أقام الآجر بينة على ما ادعى من الغصب، لا تقبل بينته؛ لأنه بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق، والبينات شرعت للإثبات لا للإبطال.

وإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغصب، قبلت بينته، وكانت الأجرة له؛ لأنه بهذه البينة لا يبطل حق المستحق، إنما تثبت إقراره بالغصب، ثم إذا ثبت الغصب ترتب عليه حكم الأجرة، وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في "المنتقى" عين هذه المسألة في الدابة برواية هشام عن محمد رحمه الله، وذكر الجواب فيها على نحو ما ذكرنا في مسألة الدار.

١٣٩٧٢- ولو كان الآجر بنى في الأرض بناء، ثم آجرها مبنية، فقال رب الأرض: أمرتك أن تبني وتؤاجر، وقال الآجر: غصبتك، وبنيتها وأجرتها، قال: يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية، وعلى البناء، فما أصاب الأرض، فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء، فهو للغاصب؛ لأن في البناء الظاهر شاهد للغاصب؛ لأن البناء في يده.

١٣٩٧٣- إبراهيم وهشام عن محمد رحمه الله: في رجل في يده أرض زرعها، فقال رب الأرض: أمرتك أن تزرع، فزرعت بأمري، وقال الزارع: غصبتها وزرعتها لنفسي، فالقول قول الزارع، يأخذ منه قدر بذره ونفقته، ويتصدق بالفضل، وهذا لأن الزارع زرعه ببذر كان في يده، والزرع نماء ملك البذر، فالظاهر كما يشهد له في البذر، يشهد له في نمائه، فيقبل قوله فيه.

١٣٩٧٤- وفي "فتاوى الفضلي": فيمن استأجر مستغلاً بعضها مزروعة، وبعضها فارغة، قال: يجوز في الفارغة دون المشغولة، وإذا اختلفا فالقول للمؤاجر، بخلاف البيع، فإن هناك القول لمن يدعي الصحة؛ لأن هناك اتفقا على أصل العقد، واختلفا في وصف الصحة، أما ههنا المؤاجر ينكر العقد أصلاً، قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله: ينبغي أن يحكم الحال إن كانت فارغة، فالقول للآجر، وإن لم يكن فللمستأجر.

وفي الدعوى من الفتاوى: أرسل صاحب الكرابيس إلى قصار رسولاً ليسترد ثيابه

الأربع ، فلما أتى به فإذا هو ثلاثة ، قال القصّار : دفعت إليّ أربعة ، وقال الرسول : دفع إليّ ولم يعدّه ، قال : يسأل صاحب الثياب ، فأيهما صدّقه منهما برئ عن خصومته ، وأيهما كذّبه يحلفه ، فإن حلف برئ ، وإن أبى لزمه ما ادّعاه ، فإن صدّق القصّار ، وجب عليه أجر الثوب الرابع ، وإن كذّبه ، وحلف القصّار ، فللقصّار على صاحب الثوب اليمين على الأجر ، فإن حلف برئ عن الأجر بحصة الثوب الرابع ، قاله أبو بكر رحمه الله .

١٣٩٧٥ - استأجر من آخر دابة ، وذهب إلى سمرقند ، فجاء آخر ، وادّعاها لنفسه ، ولم يصدقه أنه مستأجر استحق عليه ، هل للآجر أن يرجع على بائعه؟ قيل : لا ، أشار إليه في الباب الثاني من "الزيادات" ، فإنه قال : جارية في يد عبد الله ، فقال إبراهيم لمحمد : هذه الجارية بعتها منك ، وسلّمتها إليك ، وقد غصبها منك عبد الله ، وصدّقه محمد ، فلإبراهيم أن يأخذ الثمن من محمد .

١٣٩٧٦ - ولو استحق إنسان الجارية بالبينة من يد عبد الله ، ليس لمحمد أن يرجع على إبراهيم؛ لأن في زعم البائع وهو إبراهيم ، والمشتري وهو محمد ، أن عبد الله غاصب ، والغاصب لا ينتصب خصماً في إثبات الاستحقاق عليه ، فلم يثبت الاستحقاق في حقهما ، فلا يرجع عليه .

فإن كان المدعي للدابة ادعى فعلاً على الذي في يده الدابة ، بأن قال : هذه الدابة ملكي غصبتها مني ينتصب هو خصماً ، ويسمع عليه البينة ، ويكون للآجر حق الرجوع على بائعه إذا ادعى على آخر أني استأجرت هذه الدار التي في يديك من فلان بتاريخ كذا ، قبل أن تستأجرها أنت ، هل ينتصب صاحب اليد خصماً للمدعي في حق إثبات الإجارة عليه ، حتى لو أقام بينة على الإجارة ، هل تسمع بينته ، فهذا على وجهين : إن ادعى المدعي على صاحب اليد فعلاً ، بأن قال : استأجرت هذه الدار من فلان ، وقبضتها ، فأخذتها مني بغير حق ، أو غصبتها ، متى تسمع بينته ، وأما إذا قال : استأجرت من فلان قبل أن تستأجر أنت ، وقد سلّم إليه ، ولم يدّع عليه فعلاً ، لا تسمع بينته؛ لأن المستأجر لا ينتصب خصماً ، لا في إثبات الملك المطلق ، ولا في إثبات الإجارة عليه إلا بدعوى الفعل عليه ، ويشترط دعوى فعل موجب للرد لا دعوى الفعل المطلق ، ألا ترى

أما لو قال: إنك تدعي هذه الدار ملكي، اشتريته من الذي آجرها منك، لا ينتصب هو خصماً للمدعي، وهو نظير مسألة الوديعة إذا ادعى رجل الوديعة، وادعى أنه اشتراها من المودع، لا ينتصب المودع خصماً له، بخلاف ما إذا ادعى الوراثة، وقد ذكرنا قبل هذا في مثل هذه المسألة، أن المستأجر ينتصب خصماً لمن يدعي الاستحقاق على قول الشيخ الإمام الزاهد علي البزدوي رحمه الله والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله من غير تفصيل، ولا ينتصب خصماً على ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله من غير تفصيل

والله أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات

كتاب الشفعة ٣

الفصل الأول فيما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٤

الفصل الثاني في بيان مراتب الشفعة ١٦

الفصل الثالث في طلب الشفعة ٢٠

الفصل الرابع في استحقاق الشفيع كل المشترى أو بعضه ٣٨

وما يتصل بهذا الفصل ٤٠

الفصل الخامس في الحكم في الشفعة والخصومة فيها ٤٣

الفصل السادس في الدار إذا بيعت ولها شفعاء ٤٨

الفصل السابع في إنكار المشترى جوار الشفيع وما يتصل به ٥١

الفصل الثامن في تصرف المشترى في الدار المشفوعة قبل حضور الشفيع ٥٣

الفصل التاسع في تسليم الشفعة ٥٨

الفصل العاشر في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم ثم يعلم أن البيع كان بخلافه ٦٣

ومما يتصل بمسائل الإخبار ٦٦

الفصل الحادي عشر فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته ٦٧

الفصل الثاني عشر في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشترى والبائع

والشهادة في الشفعة ٧١

الفصل الثالث عشر في التوكيل بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة وما يتصل به ٨٥

الفصل الرابع عشر في شفعة الصبي ٩١

الفصل الخامس عشر في حكم الشفعة ٩٥

الفصل السادس عشر في الشفعة في بيع الصبي والأب ومن يتصل بذلك ... ٩٨

مما يتصل بهذا الفصل ... ١٠٠

الفصل السابع عشر في شفعة أهل الكفر ... ١٠١

الفصل الثامن عشر في الشفعة في المرض ... ١٠٤

الفصل التاسع عشر في وجوه الحيل في باب الشفعة ... ١٠٧

الفصل العشرون في المتفرقات ... ١١١

كتاب القسمة ... ١١٥

الفصل الأول في بيان ماهية القسمة ... ١٢٦

الفصل الثاني في بيان كيفية القسمة ... ١٢٩

الفصل الثالث في بيان ما يقسم وما لا يقسم وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ... ١٣٩

الفصل الرابع فيما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل ... ١٥٩

الفصل الخامس في الرجوع عن القسمة واستحقاق الشركة فيها ... ١٦٤

الفصل السادس في الخيار في القسمة ... ١٦٦

الفصل السابع في بيان من يلي القسمة على الغير ومن لا يلي ... ١٧٣

الفصل الثامن في قسمة التركة وعلى الميت أو له دين أو موصى له

وفي ظهور الدين بعد القسمة وفي ظهور الوارث أو الموصى له بعد القسمة

وفي دعوى الوارث دينا في التركة أو عينا من أعيان التركة ... ١٧٥

الفصل التاسع في الغرور في القسمة ... ١٨١

الفصل العاشر في القسمة يستحق فيها شيء ... ١٨٤

الفصل الحادي عشر في دعوى الغلط في القسمة ... ١٨٨

الفصل الثاني عشر في المهايأة ... ١٩٤

الفصل الثالث عشر في المتفرقات ... ٢٠٤

كتاب الإجارة ... ٢٠٦

الفصل الأول في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان أنواعها

وشرائطها وحكمها ... ٢١٤

مما يتصل بهذا الفصل ... ٢٢١

الفصل السادس عشر فيما يجب على المستأجر وفيما يجب على الآجر ... ٣٦٤
مما يتصل بهذا الفصل ... ٣٦٥
فصل التوابع ... ٣٦٥
الفصل السابع عشر في الرجل يستأجر شيئًا هو شريك فيه ... ٣٦٧
الفصل الثامن عشر في فسخ الإجارة بالعذر وبيان ما يصلح عذرًا وما لا يصلح ... ٣٧٠
الفصل التاسع عشر فيما يكون فسخًا من الأحكام المتعلقة بالفسخ
وما لا يكون فسخًا ... ٣٨٨
الفصل العشرون في إجارة الثياب والأمتعة والحلي والفسطاط وما أشبهها ... ٣٩٢
الفصل الحادي والعشرون في إجارة لا يؤخذ فيها تسليم المعقود عليه إلى المستأجر ... ٤٠٧
الفصل الثاني والعشرون في التصرفات التي يمنع المستأجر عنها والتي لا يمنع
وفي تصرفات الآجر ... ٤١٤
ومما يتصل بهذه المسألة ... ٤١٦
الفصل الثالث والعشرون في استئجار الخادم والرحى ... ٤٢١
الفصل الرابع والعشرون في الكفالة بالأجر وبالمعقود عليه ... ٤٣٠
الفصل الخامس والعشرون في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر
وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البينات ... ٤٣٤
نوع آخر ... ٤٤٦
نوع آخر ... ٤٤٧
نوع آخر ... ٤٤٨
نوع آخر ... ٤٥٠
نوع آخر ... ٤٥٦
نوع آخر ... ٤٥٧
نوع آخر ... ٤٦٦
نوع آخر ... ٤٦٨